

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Mestrado em Direito Constitucional

**AS DECISÕES NORMATIVAS NA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL PARA A CONCRETIZAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Marcos Cesar Santos de Vasconcelos

Brasília – DF

2010

Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Curso de Mestrado em Direito Constitucional

**AS DECISÕES NORMATIVAS NA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL PARA A CONCRETIZAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Marcos Cesar Santos de Vasconcelos

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Moreira Gomes Júnior

Brasília – DF

2010

Marcos Cesar Santos de Vasconcelos

**AS DECISÕES NORMATIVAS NA JURISDIÇÃO
CONSTITUCIONAL PARA A CONCRETIZAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional no Curso de Pós-Graduação *Strictu Sensu* de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr. Luiz Moreira Gomes Junior - Orientador
Instituto Brasiliense de Direito Público

Integrante: Prof. Dr. Marcelo Barroso Lacombe
PhD em Ciência Política pela Universidade de Nova York (NYU)

Integrante: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco
Instituto Brasiliense de Direito Público

Para meus pais Jair e Zorah,
Para minha esposa Paula e
Para meus Filhos Fernanda,
Marcos Cesar Filho e Bernardo.

“Já se disse praticamente tudo sobre a jurisdição constitucional, seja para defendê-la, seja para criticá-la. Para o bem ou para o mal, não podemos viver sem ela, pelo menos enquanto não descobriremos alguma fórmula mágica que nos permita juridificar a política sem ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça. Se o Estado é a forma por excelência de manifestação do poder político e a Constituição o seu estatuto fundamental, então onde quer que se institucionalizem relações de mando, alguém terá que arbitrar-lhes os inevitáveis conflitos” (Inocência Mártires Coelho, 2001)

RESUMO

VASCONCELOS, Marcos Cesar Santos. As decisões normativas na jurisdição constitucional. Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2010.

A ordem constitucional não está garantida pela harmonia entre os Poderes, mas pela tensão entre eles, razão porque a própria Constituição determina ao Supremo Tribunal Federal que atue como efetivo guardião dos direitos fundamentais. Para realizar esta atribuição, o Supremo Tribunal Federal exerce, além da função jurisdicional, inerente a todo o Poder Judiciário, a função de controle de constitucionalidade, a função de intérprete com efeito vinculativo e a função normativa. A função normativa exercida pelo Supremo Tribunal Federal, em caráter excepcional, consiste em proferir decisão criadora de norma geral e abstrata, transformando, adequando, modificando e integrando o texto de lei ou ato normativo, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais e o princípio da igualdade. Essa função normativa da Suprema Corte efetiva-se na forma de sentença normativa. Esta sentença, não raras vezes, é tida como uma forma de se encarar o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo, o que poderia entrar em choque com os demais Poderes do Estado, ora sendo entendido esse movimento como ativismo judicial, ora sendo entendido esse movimento como interpretação do posto pela Constituição.

Palavras-chave: Constituição. Separação de poderes. Estado democrático de direito. Ativismo judicial. Direitos Fundamentais. Princípios constitucionais. Regras. Normas. Interpretação constitucional.

ABSTRACT

The constitutional order is not guaranteed by the harmony between the Powers, but the tension between them, which is why the Constitution itself establishes the Supreme Court to act as an effective guardian of fundamental rights. To accomplish this task, the Supreme Court shall, in addition to the judicial function, inherent to all of the Judiciary, the function of judicial review, the role of interpreter with binding effect and normative function. The regulatory function exercised by the Supreme Court, in exceptional circumstances, is to give a decision maker of general and abstract rule, transforming, adapting, modifying and integrating the text of the law or normative act, in order to guarantee fundamental rights and the principle of equality. This regulatory function of the Supreme Court effectively in the form of normative sentence. This sentence, often is seen as a way to face the Supreme Court as a positive legislator, which could clash with the other branches of the state, sometimes being understood that movement as judicial activism, sometimes being understood interpretation of this movement as put by the Constitution.

Keywords: constitution. Separation of powers. Democratic state. Judicial activism. Fundamental Rights. Constitutional principles. Rules. Standards. Constitutional interpretation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A CONSTITUIÇÃO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	13
1.1 A pré-compreensão e a Constituição	13
1.2 Constituição e o Estado Democrático de Direito	15
1.3 Os modelos de Constituição	19
1.4 Concepção normativa da Constituição.....	21
1.5 O princípio da supremacia constitucional.....	23
1.6 A supremacia da Constituição no sistema brasileiro.....	25
1.7 Os direitos fundamentais: histórico	26
1.7.1 Os direitos fundamentais de defesa e os direitos fundamentais de prestação.....	29
1.7.2 Direitos de prestação: princípio do não-retrocesso.....	31
1.7.3 Relação entre os direitos fundamentais e a presença ou abstenção do Estado.....	33
1.7.4 A unidade e a interdependência dos direitos fundamentais.....	34
1.8 O princípio constitucional da separação dos poderes como elemento de identificação da supremacia da Constituição.	38
1.8.1 A separação dos poderes: redimensionamento da tripartição dos poderes.....	40
1.8.2 A separação dos poderes em Hans Kelsen – Século XX	40
1.8.3 A separação de poderes em Otto Kimminich.....	41
1.8.4 A separação dos poderes nos dias atuais	44
1.9 A existência de dois poderes constituintes originários	48
2 AS FUNÇÕES DA JURISDIÇÃO	51
2.1 Conceito de justiça constitucional	52
2.2 Conceito de jurisdição constitucional	54
2.3 A jurisdição constitucional como ideia de Estado de Direito	57
2.3.1 O controle de constitucionalidade: sistema difuso de jurisdição constitucional.....	60
2.3.2 O controle de constitucionalidade: sistema concentrado de jurisdição constitucional.....	62
2.3.2.1 O sistema concentrado austríaco.....	63
2.3.2.2 O controle abstrato e o controle difuso na Alemanha.....	65
2.3.2.3 O controle concentrado italiano.....	67
2.3.3 O sistema misto de jurisdição constitucional: o caso português	69
2.3.3.1 O sistema misto de controle no Brasil: histórico.....	71
3 FUNÇÕES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	79
3.1 A função judicial e o ativismo judicial no direito constitucional brasileiro ...	86
3.1.1 A judicialização para o entendimento do ativismo judicial	87

3.1.2 A judicialização e o ativismo judicial: conceitos	89
3.2 Fatores impulsionadores do ativismo judiciário no Brasil	92
3.2.1 O modelo de Estado intervencionista	92
3.2.2 O modelo de controle abstrato de normas.....	95
3.2.3 O ativismo judicial decorrente do manejo	97
3.3 A atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição .	98
3.3.1 A distinção entre regras de direito e princípios jurídicos na interpretação constitucional	100
3.3.2 Quanto aos princípios	102

4 AS SENTENÇAS NORMATIVAS COMO RESULTADO DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 105

4.1 Os requisitos da sentença normativa	108
4.2 Omissão ou edição de lei ou ato normativo que contrarie a Constituição	109
4.3 A omissão de lei ou ato normativo contrário à Constituição.....	109
4.4 Omissão absoluta ou total, parcial e relativa	111
4.5 A edição de lei ou ato normativo contrário à Constituição.....	112
4.6 Interpretação conforme à Constituição.....	114
4.7 A interpretação conforme à Constituição e a interpretação conforme à Constituição com redução teleológica.....	116
4.8 A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, por meio de interpretação conforme à Constituição com redução teleológica	121
4.9 Observância do processo histórico e do resultado possível.....	123
4.9.1 A realidade histórica	123
4.9.2 O resultado possível: disponibilidade de recursos.....	125
4.9.3 Alcance da observância da realidade histórica e do resultado possível como condição para a sentença normativa	130
4.10 Característica da sentença normativa	133
4.10.1 Norma geral e abstrata	133
4.11 O fundamento da sentença normativa	140
4.11.1 O princípio da efetividade	140
4.11.2 A teoria dos poderes implícitos	141
4.12 A natureza definitiva da sentença e a não-vinculação do legislador	143
4.13 As sentenças normativas no Supremo Tribunal Federal.....	144
4.13.1 A atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de ativismo: alguns exemplos de sentenças normativas	146
4.13.2 A súmula vinculante.....	147
4.13.3 O mandado de injunção.....	149
4.13.4 Os prazos para o Legislativo	150
4.13.5 As políticas públicas	152
4.13.6 A perda de mandato por infidelidade partidária	153
4.13.7 A restrição de nomeação de parentes (nepotismo)	154
4.13.8 Modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade .	155
4.13.8.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.022	158
4.13.8.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.615	160
4.13.9 Modulação dos efeitos reconhecida no controle difuso de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. Não-configuração de sentença normativa	161
4.13.10 A interpretação conforme a Constituição com redução teleológica da declaração de inconstitucionalidade e de constitucionalidade.....	164

4.13.11 Argüição de descumprimento de preceito fundamental n. 54 ...	167
4.13.12 Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, por meio de interpretação conforme a Constituição com redução teleológica.....	168

CONCLUSÕES	170
-------------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	175
---	------------

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por pretensão examinar a atuação excepcional do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle de constitucionalidade, quando aquele pretório passa a proferir decisão criadora de norma geral e abstrata, manejando o direito e assim transformando, adequando, modificando e integrando o texto de lei ou ato normativo, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais e o princípio da igualdade previsto na Constituição.

O modelo kelseniano do controle de constitucionalidade restrito ao desempenho do papel de legislador negativo, se por um lado ressalta uma preocupação com a possibilidade da distorção das decisões judiciais, distorção essa que deve ser combatida, por outro lado, no caso brasileiro, dificulta a compreensão da atividade exercida pelo Supremo Tribunal Federal em hipóteses envolvendo a interpretação conforme a Constituição com redução teleológica ou a manipulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, além de impedir movimentos típicos de quem tem a responsabilidade de guardião da Constituição, notadamente em hipóteses que envolvam a inobservância do princípio da igualdade em direta afronta à dignidade humana.

Embora o objeto deste trabalho seja a decisão na jurisdição constitucional brasileira, não paira dúvida de que o exame aqui desenvolvido é válido para sistemas constitucionais que seguem o modelo de Estado Democrático de Direito razão por que, como fundamentação teórica, socorre-se, sobretudo, da doutrina italiana das sentenças constitucionais, com ênfase em Gustavo Zagrebelsky, não sem também promover uma análise do Ativismo Judicial, apoiando-se na obra de Elival Ramos que analisou esse fenômeno sob o ponto de vista da dogmática Jurídica.

A doutrina italiana há muito vem se dedicando ao tema. Na Itália, diferentemente daqui a reflexão sobre as decisões do Tribunal Constitucional tem tido uma importância maior, pois a Corte Constitucional italiana assumiu definitivamente o papel de legislador positivo de maneira clara. No Brasil, em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal profere decisões normativas chancelado pelas Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99, que legitimam os mecanismos da atuação da Corte quanto ao papel de legislador positivo.

O presente estudo limitou-se ao exame da doutrina e da jurisprudência. Quanto à abordagem metodológica, o delineamento do seu foco forjou-se por meio de pesquisa dogmática, mais nas dimensões analítica, empírica e normativa. A dimensão analítica limitou-se à precisão dos conceitos envolvidos no trabalho; a dimensão empírica ocorreu do direito vigente na visão dos tribunais e a dimensão normativa postou-se a sugerir algumas possíveis soluções para os problemas enfrentados. Assim, foi dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo discorre sobre a Constituição, o Constitucionalismo e a jurisdição constitucional, partindo do pressuposto de que o poder constituinte originário, criador da Constituição brasileira de 1988, se propôs a concretizar os direitos fundamentais, daí estabelecendo os pilares sociais do Estado de Democrático de Direito. Nele pretende-se demonstrar que a jurisdição constitucional é o meio pelo qual o Poder Judiciário deve resolver os conflitos de interesses para a obtenção da justiça constitucional. Assim, a jurisdição constitucional é o instrumento de partida para a interpretação e a aplicação da Constituição que culminará na chegada à justiça constitucional. Por meio de um estudo comparado o trabalho avança na análise dos seguintes sistemas na função de leis e atos normativos: a) o sistema difuso de jurisdição constitucional (Estados Unidos); b) o sistema concentrado de jurisdição constitucional (Áustria, Alemanha e Itália); e o sistema misto de jurisdição constitucional (Portugal e Brasil). Ao final do primeiro capítulo são feitas as considerações históricas sobre a jurisdição constitucional brasileira, com início em 1891 (quando se firmou consolidado o Supremo Tribunal Federal), até a Constituição atual.

No capítulo segundo, são analisadas as funções da jurisdição constitucional exercidas pelo Supremo Tribunal Federal na qualidade de Corte Constitucional, divididas nas funções de controle de constitucionalidade, função de interpretação com efeito vinculante e função normativa. Quanto à função de controle de constitucionalidade, esta foi subdividida nos meios de acesso ao controle difuso e nos meios de acesso ao controle concentrado. Com relação à função interpretativa com efeito vinculante, a discussão é feita em torno da sua extensão e de sua obrigatoriedade não só quanto à parte dispositiva, mas também quantos aos efeitos determinantes da decisão. Sobre a função normativa na jurisdição constitucional, o capítulo segundo explora o papel de legislador positivo do Supremo Tribunal Federal e critica a concepção de legislador negativo de Kelsen adotada no Brasil. Por fim,

demonstra-se a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo sob os seguintes aspectos: a) a defesa dos direitos fundamentais; b) a existência de um segundo poder constituinte originário; e c) o redimensionamento dos poderes em funções estatais.

O terceiro capítulo trata do ativismo judicial como uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. Nesse capítulo procura-se demonstrar que esse fenômeno ocorreu em diferentes partes do mundo e em diferentes épocas. Cortes constitucionais e supremas cortes passaram a protagonizar decisões envolvendo questões de largo alcance político, de implementação de políticas públicas ou de escolhas de cunho moral envolvendo temas polêmicos na sociedade. Trata da versão sobre os parâmetros dogmáticos do ativismo judicial no Brasil, sob a ótica de Elival Ramos, daí direcionados os fatores que impulsionam o ativismo judicial trazendo a visão do tema num diálogo entre ativismo judicial e a criação do direito, utilizando-se primordialmente as visões de Inocêncio Mártires Coelho e Cappelletti sobre o tema.

O quarto capítulo trata da sentença normativa na jurisdição constitucional e da atuação do Supremo Tribunal Federal. Neste capítulo analisa-se a sentença normativa no ordenamento italiano, definem-se as fases e a tipologia dessa sentença no Tribunal constitucional e examinam-se os requisitos da sentença normativa. Nesse capítulo distingue-se claramente lei de norma, para se evitar equívocos entre dispositivo emanado do Poder Legislativo – lei – e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – norma. Como se percebe esta distinção consiste em um mero jogo semântico, pois nos dois casos há a criação de norma geral e abstrata. Explicitam-se, ainda, os fundamentos materiais e formais da sentença normativa. Por fim, são analisados os casos de sentenças normativas já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e suas consequências no ordenamento jurídico.

Todas as citações são traduções feitas dos textos referidos na pesquisa, cujos dados bibliográficos, inclusive as páginas das quais são extraídas, estão indicadas. E, nas referências bibliográficas, além das obras citadas no corpo do trabalho, mencionam-se outras também utilizadas para a sua elaboração.

1 A CONSTITUIÇÃO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 A pré-compreensão e a Constituição

Faz-se necessário expor alguns fragmentos sobre o pré-compreender e o compreender para que se chegue à pré-compreensão da constituição:

A pré-compreensão é o conhecimento que o leitor tem de tema específico, antes mesmo de ler o texto. Esse conhecimento é o ponto de partida para a interpretação do texto e admite um caminhar em escalas, embora em alguns casos deva superar um limiar relativo. A pré-compreensão existe sempre estando condicionada em conhecimento do tema antes da obra que se vai ler, por experiência pessoal imediata, ou por informações captadas por meio de terceiros. Essa compreensão pode coincidir com um horizonte parcial do conhecimento.

Terminada a leitura o horizonte do conhecimento se estende com a compreensão da obra, o processo pode repetir-se em um nível superior. Aquilo que se conhece do tema, depois de lido e compreendido o livro, converte-se em um novo caminhar que parte da pré-compreensão de uma segunda leitura (escala) ou de um sentido analítico. Esse processo pode se repetir em razão da riqueza do texto em questão e da capacidade cognitiva do leitor. “Sem a capacidade radical do leitor, um limiar relativo, a compreensão é de todo impossível. Um livro de Metafísica não pode ser entendido por qualquer um, mesmo com renovados esforços” (COELHO, 2010, p.74-75)

O pré-compreender consiste em ser subjetivamente movido pelo problema expresso objetivamente. A relação vital com a coisa, da qual, direta ou indiretamente, se trata o texto, configura-se como uma pré-compreensão da coisa em questão. A pré-compreensão da coisa, como pressuposto da sua compreensão, consiste em sermos subjetivamente movidos pelo mesmo problema que o texto exprime na sua objetividade. A interpretação “mais subjetiva” é, aqui, a “mais objetiva” (COELHO, 2010, p.74)

Em que pesem as inúmeras formas de se teorizar o constitucionalismo nada ocorrerá sem um entendimento diacrônico sobre o mais antigo dos temas: o que é a constituição? É necessário compreendê-la para que se possam enfrentar os temas

de direito constitucional. Porém, para que se compreenda a Constituição, é fundamental antes pré-compreendê-la¹, mesmo porque, quem se propõe a enfrentar os temas de direito constitucional, “não se pode furtar a um conjunto de influências jurídicas e extrajurídicas, políticas e sociais, decisivamente condicionadoras da orientação do trabalho” (CANOTILHO, 1994. p. 12).

A bem da verdade, a compreensão da Constituição é um empreendimento de recíproco condicionamento, já que compreender, no sentido filosófico, significa completar um círculo hermenêutico do conhecimento que vai do “todo a partir do singular e do singular a partir do todo” (GADAMER, 2002, p. 79). Segundo Zagrebelsky (2006), as normas constitucionais não são elementos entre si desconexos e alheios às relações materiais em constante transformação, mas compõem, necessariamente, um sistema normativo, que, inserido no amplo sistema social, transforma a Constituição em ordenamento constitucional.

Como a pré-compreensão da Constituição se insere no círculo hermenêutico do conhecimento, um de seus desdobramentos esperados é a indicação de um conceito de Constituição que melhor corresponda “ao mundo real fático”, isto é, que bem contemple o todo a ser compreendido. Häberle, ao admitir que a hermenêutica é um processo aberto, não um estado de submissão, adverte que “a interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas” (HÄBERLE, 1997. p. 30).

Quem quer pré-compreender a Constituição deseja, antes de tudo, descobrir as condições que possibilitam sua concretização, bem como a efetivação dos direitos fundamentais nela consagrados. Inclusa em um processo hermenêutico aberto, sujeito a novas aquisições significativas, a Constituição de 1988 também é o resultado da redemocratização do país, que permaneceu sob a ditadura militar durante vinte e um anos (1964-1985).

O Brasil, com a Constituição de 1988, por meio do poder constituinte originário, propôs-se a concretizar os direitos fundamentais, estabelecendo os alicerces sociais do Estado Democrático e os direitos que o caracterizam. No entanto, não adianta somente estarem previstos os direitos, mas deve-se garanti-los, uma vez que o maior problema do Direito Constitucional está em como estabelecer técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos, a fim de fazê-los efetivos (BONAVIDES, 2006).

¹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método II – complementos e índice. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 75.

Para responder ao desafio da concretização da constituição, foi concedida uma função extraordinária ao Supremo Tribunal Federal: a defesa da Constituição. E, no exercício dessa função, o Supremo Tribunal Federal pode, em alguns casos, proferir sentenças normativas, de caráter geral e abstrato, para que a Constituição se concretize. Por isso, para compreender o objeto desta investigação, qual seja, as decisões do Supremo Tribunal Federal na jurisdição constitucional em defesa dos direitos fundamentais, torna-se indispensável pré-compreender a ordem constitucional e suas múltiplas condicionantes, que são o todo do qual a sentença normativa é parte.

1.2 Constituição e o Estado Democrático de Direito

Em busca de um conceito de Constituição, parte-se daquele formulado por Cícero², que, pela primeira vez, definiu Constituição em seu atual sentido (LOEWENSTEIN, 1976), hoje adaptado por Hesse (2001. p. 2):

Qualquer tipo de união que pretenda perdurar precisa de um ordenamento formado e executado conforme sua vontade, que haja delimitado seu âmbito e regulado nele e para ele a condição de seus membros. Um ordenamento destas características se denomina Constituição.

A Constituição pode ser analisada sob vários aspectos. Quanto ao procedimento, a Constituição pode ser definida como a lei fundamental (KELSEN, 1992) de um Estado Democrático de Direito³.

² “Todo povo, isto é, toda sociedade fundada com as condições por mim expostas; toda cidade, ou, o que é o mesmo, toda Constituição particular de um povo, toda coisa pública – e por isso entendo toda coisa do povo – necessita, para ser duradoura, ser regida por uma autoridade inteligente que sempre se apóie sobre o princípio que presidiu a formação do Estado”. (CÍCERO, Marco Túlio. Da república. Tradução de Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d. p. 40).

³ “Uma das tarefas que esteve no centro da reordenação política da Alemanha depois de 1945, na qual Adolf Arndt participou desde suas mais profundas convicções infatigáveis, foi a do restabelecimento e a configuração do Estado de Direito. Restabelecer o Estado de Direito tinha agora o objetivo de unir com a tradição do pensamento alemão sobre o Estado e a Constituição, mas, ao mesmo tempo, estava também presente o seu desenvolvimento e dotá-lo de uma nova orientação: em lugar do Estado de Direito em um sentido formal, deveria entrar em jogo o Estado material do Direito, no lugar do Estado de Direito em sentido liberal o Estado social de Direito [...] o Estado de Direito busca sempre limitar e restringir o poder e o domínio do Estado em favor da liberdade do indivíduo e realizar o direito material.” (BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. Estudos sobre el estado de derecho y la democracia. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000. p. 17 e 44)

O constituinte de 1987-1988, no preâmbulo e no art. 1º, da Constituição brasileira de 1988, instituiu o “Estado Democrático de Direito” brasileiro com o objetivo de “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”. Para Canotilho⁴, que utiliza a expressão Estado de Direito Democrático:

A “decisão” plasmada na Constituição, de se estruturar um esquema fundador e organizatório da comunidade política segundo os cânones do Estado de Direito Democrático, significa, pelo menos, a rejeição de tipos de Estado estruturalmente totalitários, autoritários ou autocráticos. É esta a razão que nos permite dizer que nos países membros da “Comunidade de Países de Língua Portuguesa” (CPLP) se descortina progressivamente uma razão pública tendente à realização de uma coletividade política de cidadãos iguais, regidos por uma Constituição e por leis legitimadoras de instituições políticas básicas. Nesse sentido, a razão pública de um governo sob o “império do direito” e sob o “mando de mulheres e homens” ancorado em esquemas de legitimação democrática encontra a sua formulação lingüística na expressão “Estado de Direito Democrático”. [...] O Estado de Direito Democrático – para lograr ter força político-normativa – necessita: (1) de um conjunto de instituições políticas básicas; (2) de um conjunto de condições econômicas, sociais e culturais favoráveis a estas instituições; (3) e de um conjunto e esquemas político-constitucionais (forma de governo, controle judicial, sistema eleitoral, sistema partidário). Só assim, e mais uma vez, o direito constitucional será um direito “vivo” e não apenas uma *law in the books*. (CANOTILHO, 2003, p. 236-237)

No Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana é a razão de ser da vida política. Por meio, da imagem do Estado fundamentado na dignidade da pessoa, “deve incorporar-se certo rigor até as questões singulares do direito público, por difícil que isso seja”⁵.

A democracia⁶, vinculada à regra da maioria, para se apartar das premissas do Estado Legislativo, deve estar associada a um conjunto de direitos capazes de

⁴ As formas lingüísticas na Comunidade de Países de Língua Portuguesa, quanto à denominação em suas Constituições, não são inteiramente coincidentes. No Brasil, utiliza-se a denominação de Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF) e, em Portugal, Estado de Direito Democrático (art. 2º, da CP). No entanto, a escolha desta denominação poder ser “apenas uma das múltiplas formas de simbolização constitucional” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição, p. 237).

⁵ HÄBERLE, Peter. O estado constitucional europeu. Disponível: <www.jurídicas.unam.mx>. Acesso em: 23 jul. 2010.

⁶ A democracia como forma de Estado e de Governo está vinculada à soberania popular. Seu conteúdo está relacionado ao poder do Estado de articular-se de tal forma que tanto sua organização

assegurar uma esfera ética de realização da igualdade e da dignidade. E, para evitar a ditadura da maioria, é necessário garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição, os mecanismos que asseguram estes direitos e os procedimentos que resguardam a própria democracia (CLÈVE, 2000).

Häberle (1997, p.33), quando fala sobre a Constituição do ponto de vista teórico-constitucional, determina que:

Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.

como seu exercício derivem sempre da vontade do povo ou possam ser atribuídos a ele. Mas, para poder funcionar e desenvolver-se, esta democracia, determinada assim como forma de Estado e de Governo, repousa sobre uma série de pressupostos que em essência são de natureza pré-constitucional. [...] Os pressupostos da democracia como forma de Estado e de Governo podem ser divididos em: 1. socioculturais; 2. político-estruturais; e 3. éticos. 1. Os pressupostos socioculturais da democracia apontam em uma dupla dimensão, quais sejam, os de natureza social e, por outro lado, os de natureza espiritual e de formação cultural. Os pressupostos sociais de caráter essencial para a democracia são: a) a existência de uma certa estrutura emancipatória da sociedade, que consiste em que a democracia não pode prender-se a uma estrutura social patriarcal de estirpes e de parentesco, em que o indivíduo, como tal, se integra de acordo com um status; b) a ausência de formas teocráticas de religião dotadas de uma pretensão de direção justificada como universal, pois todas as religiões fundamentalistas ou aquelas que se entendam como tais, porque resultam determinantes para a sociedade ou porque se reconhecem inclusive como religião do Estado, eliminam das bases as que poderiam operar uma formação política de vontade democrática; e c) a existência de uma homogeneidade relativa dentro da sociedade, pressupondo para uma democracia a existência de uma certo grau de convicções fundamentais comuns entre os cidadãos sobre o tipo e a ordenação de sua vida em comum, e igualmente não devem dar-se contradições econômico-sociais extremas. Já os pressupostos espirituais e de formação cultural estão vinculados à estrutura da sociedade e da mentalidade de seus membros, permitindo o desenvolvimento da formação democrática da vontade política, podendo ser caracterizados por: a) um sistema educativo desenvolvido. Se os cidadãos têm de decidir a partir de seu próprio juízo e através do exercício do poder político, sobre a legitimação ou deslegitimação de uma determinada linha de direção, isto pressupõe um certo grau de conhecimento, de saber e de capacidade de juízo desenvolvida. O analfabetismo é o inimigo de qualquer democracia e de qualquer desenvolvimento da democracia. Se existe e se mantém uma situação deste tipo, os cidadãos não têm a possibilidade de exercer de forma autônoma seus direitos político-democráticos, isto é, segundo um juízo próprio e formado a partir de uma informação prévia. As eleições e as votações se manterão aqui em um estágio de mera aclamação (emocional) e, sobre esta base, quem exercerá a política será um extrato reduzido, e com isso privilegiado, de pessoas dotadas de formação e patrimônio, até certo ponto de uma forma autônoma e subtraída a uma legitimação objetiva; b) informação e comunicação dentro da sociedade. Para que a formação democrática da vontade política seja viável de um modo real, junto à cultura e ao saber que fundamentam a capacidade de formar um juízo próprio, tem de ser possível a informação e a comunicação na sociedade. Com a informação bloqueada, ou sem uma opinião pública, não pode existir a democracia; o mais que pode haver em tal caso será uma fachada que oculta outros conteúdos políticos. 2. Os pressupostos político-estruturais da democracia se referem à qualidade, ao tipo e ao alcance das decisões que têm de ser tomadas no exercício do poder político. Essas decisões devem ser tomadas de tal forma que sua legitimação material e sua orientação possam aparecer também como derivadas da vontade do povo, como dirigidas e avalizadas por este. 3. Nos pressupostos éticos podem ser incluídos, por um lado, a efetividade de um ethos democrático entre os cidadãos e os cargos políticos, e, por outro lado, a disposição destes últimos em tomar decisões políticas no interesse comum de todos. (BOCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el estado de derecho y la democracia, passim).

E mais adiante assinala:

A Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade (*Siegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*). Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é - se permitir uma metáfora - a própria fonte de luz (*Sie ist auch die Lichtquelle*). Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente (HÄBERLE, 1997, p. 34).

Quanto ao conteúdo, a Constituição pode ser definida como “o corpo de regras e princípios em conformidade com os quais são normalmente exercidos os Poderes da soberania” (COOLEY, 1982, p.57). Desta forma, a Constituição deve conter não apenas regras, mas também princípios, e distinguir os princípios das regras significam distinguir a Constituição da lei, isto porque “as normas legislativas são prevalentemente regras, enquanto que as normas constitucionais sobre direitos e sobre justiça são prevalentemente princípios” (ZAGREBELSKY, 1992, p. 147-148).

Os princípios diferenciam-se das regras, uma vez que possuem um papel “constitutivo do ordenamento jurídico” (ZAGREBELSKY, 1992, p. 147), isto é, um papel constitucional propriamente dito, enquanto as regras, “mesmo as escritas na Constituição, não são mais que leis reforçadas por sua forma especial” (ZAGREBELSKY, 1997, p. 147). As regras se obedecem e determinam “como devemos, não devemos, podemos atuar em determinadas situações específicas previstas pelas mesmas regras” (ZAGREBELSKY, 1997, p. 148) e aos princípios se presta adesão, proporcionando “critérios para tomar posição ante situações concretas, mas que a priori aparecem indeterminadas” (ZAGREBELSKY, 1997, p. 149).

Querer limitar os princípios para evitar o excesso de discricionariedade do juiz constitucional⁷, como pretendeu Kelsen⁸, é desconhecer as “exigências

⁷ No sistema brasileiro, todo juiz de direito é um juiz constitucional. Isto porque é necessário “assumirmos que cada magistrado, mesmo no primeiro grau, precisa continuar dotado da dignidade de juiz constitucional (sem prejuízo do debate sereno em torno de excepcionalíssima hipóteses de um eventual controle concentrado em concreto), ou teremos irreparáveis retrocessos em nossa modelagem de controle da constitucionalidade, que restaria desavinda com a imprescindível independência da magistratura e com a consolidação da ambiência cultural de respeito voluntário à supremacia da Carta”. (FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegeses constitucional. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Geral. P. 15-16.

⁸ Kelsen define a Constituição não apenas pelas: “[...] regras relativas aos órgãos e ao procedimento legislativo, mas também por aquelas que se referem aos órgãos executivos superiores, e, além delas, pela determinação das relações de princípio entre o Estado e aos cidadãos, designando-se com isso simplesmente o catálogo dos direitos fundamentais, isto é, para nos exprimirmos de modo juridicamente correto, certos princípios relativos ao conteúdo das leis.” (KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. I – a Jurisdição constitucional. In: Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 133-134). Para Kelsen, a diferença entre princípios e regras restringe-se a uma questão quantitativa e

fundamentais objetivas” que justificam a atualidade dos princípios, que nada mais são do que condição para a concretização constitucional (ZAGREBELSKY, 1997).

A Constituição cumpre o objetivo de conter os resultados contraditórios da produção do direito gerados pela pluralidade da sociedade e ocasionados pelas pressões sociais. Para que este objetivo seja alcançado, é necessário que a noção de direito seja mais profunda do que aquela originada pelo Poder Legislativo. Daí por que a unidade da Constituição deve estar fundamentada em “um conjunto de princípios e valores constitucionais superiores os quais, apesar de tudo, existe um consenso social suficientemente amplo” (ZAGREBELSKY, 1997, p. 48-49).

O que leva à unidade pela Constituição é “a inviolabilidade da dignidade humana como principio supremo do ordenamento constitucional, da República, da democracia, do postulado do Estado Social de Direito, e da organização territorial em termos de Estado Federal” (HESE, 2001, p. 5). A Constituição, ao cumprir as funções de unidade política e de ordem jurídica, converte-se “não somente em ordem jurídica fundamental do Estado, mas também na vida não-estatal dentro do território de um Estado; isto é, na ordem jurídica fundamental da comunidade” (HESE, 2001, p. 5). Em razão desses fatores, a Constituição não é somente uma lei, mas uma lei especialíssima, pois organiza o Estado, a sociedade e a cidadania (QUIRINO, 1992).

1.3 Os modelos de Constituição

Os modelos de Constituição estão ligados a valores predominantes em cada sociedade. Nos países em que há a prevalência da vontade democrática (regra majoritária)⁹ sobre a vontade constitucional, a Constituição flexível (VIEIRA, 2002) pode ser modificada a qualquer momento, sem procedimento especial para sua

impõe que haja a redução ao mínimo dos “[...] princípios constitucionais a fim de evitar o excesso de discricionariedade que dele se derivaria para o juiz constitucional: como se tratasse simplesmente de um problema de técnica da redação dos textos constitucionais e não, em troca, de profundas transformações determinadas por exigências fundamentais objetivas”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*, p. 174, nota de rodapé n. 8).

⁹ O sistema britânico adota a Constituição flexível, juntamente com as Constituições de Israel e da Nova Zelândia.

alteração. Em contrapartida, os países que adotam as Constituições rígidas¹⁰ necessitam de procedimento formal para sua modificação, quais sejam, desde a exigência de um quorum diferenciado para emendá-las¹¹ até a implementação de plebiscito para a ratificação de projeto de emenda de alteração constitucional¹².

De outra banda, as Constituições semi-rígidas consistem nos textos compostos de cláusulas rígidas, que exigem quorum qualificado para serem alteradas, e cláusulas flexíveis, que podem ser reformadas por deliberação ordinária do parlamento. A Constituição brasileira de 1824 foi exemplo desse modelo. Em seu art. 178 previa que “é só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades requeridas, pelas legislaturas ordinárias” (VIEIRA, 2002, p. 31).

Para o resguardo de algumas cláusulas constitucionais essenciais a um Estado Democrático de Direito, foram criadas as cláusulas pétreas, que põem “certos princípios da organização do Estado numa posição de intangibilidade frente às deliberações do poder constituinte reformador” (VIEIRA, 2002, p. 31).¹³

Nos países cujo modelo constitucional se alinha à técnica da super-rigidez, o papel do Poder Judiciário e, especialmente, das Cortes Constitucionais, torna-se cada vez mais essencial.

¹⁰ Existem três categorias de Constituições rígidas: “Num primeiro grupo se encontrariam aquelas Constituições que exigem mais do que dois terços do parlamento para aprovação de uma emenda, o que pode significar dois terços mais um outro mecanismo como referendo ou aprovação pelas assembleias regionais. Neste grupo teríamos Austrália, Japão, Suíça e Estados Unidos. Num segundo grupo teríamos os sistemas que exigem dois terços, ou o equivalente, para que suas Constituições pudessem ser alteradas. Áustria, Bélgica, Costa Rica, Noruega, Portugal e Espanha estariam nessa classificação. Por fim, teríamos um terceiro grupo que, para autorizar a mudança de seus textos constitucionais, demandam maiorias que variam entre maiorias de dois terços e maioria ordinárias, como Dinamarca, Grécia, Irlanda, Itália, e poderíamos acrescentar o próprio Brasil, com a exigência de um quorum de três quintos para que se possa emendar a Constituição.” (VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal, p. 30.)

¹¹ Constituição de 1988: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. [...] § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.” (Constituição de 1988).

¹² Constituição dos Estados Unidos da América.

¹³ O art. 60, § 4º e incisos, da Constituição de 1988, é exemplo de dispositivo constitucional super-rígido. Além da Constituição de 1988, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, veda expressamente a supressão de direitos e princípios fundamentais.

1.4 Concepção normativa da Constituição

A Constituição “bem querer dos povos”¹⁴ deve ser cumprida e respeitada. A Constituição é a lei fundamental, lei superior de um Estado, conseqüentemente, é força ativa¹⁵ que faz com que as demais leis estejam a ela submetidas (LASSALLE, 1998, p. 24). Assim há a superioridade da Constituição sobre as leis infraconstitucionais.

A Constituição tem força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado, ainda que de forma limitada. Hesse (1991, p.15) ensina que: “a Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever-ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas”.

Loewenstein (1976, p.215), quando classifica a Constituição como normativa, identifica-a com o dever-ser, o que resulta na vinculação das condutas dos detentores e destinatários do poder e cria eficazes mecanismos de participação e controle. Para uma Constituição ser viva, deverá ser “efetivamente ‘vívda’ pelos destinatários e detentores do poder, necessitando um ambiente nacional favorável para sua realização” (LOEWENSTEIN, 1976, p.217).

Diferentemente da Constituição concebida normativamente, Loewenstein (1976, p. 219) classifica, ainda, a Constituição como nominal e semântica, examinando, em cada caso, a realidade do processo político de cada Estado. Assim, conceituada a Constituição nominal como aquela que não tem força vinculante, embora de origem democrática, e que desempenha um papel educativo. Por fim, designa semântica aquela Constituição que serve apenas para constitucionalizar os atos autoritários dos detentores do poder, pois originários de um procedimento autocrático, em razão de que, “em lugar de servir à limitação do poder, a

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tribunal constitucional, jurisprudência e políticas públicas. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102html>. Acesso em: 29 jul. 2010.

¹⁵ “A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas foram efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.” (HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 19).

Constituição é aqui o instrumento para estabilizar e eternizar a intervenção dos dominadores fáticos do poder político” (LOEWENSTEIN, 1976, p.219).

A normatividade da Constituição concede efeito vinculante a seus preceitos, ou seja, todos os dispositivos previstos na Constituição, sem exceção, devem ser cumpridos.

Poder-se-ia perguntar: por que a Constituição vincula a todos e deve ser cumprida? Segundo a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen (1979, p.275), a Constituição deve ser cumprida porque existe uma norma fundamental, que não está inserida numa ordem jurídica positiva, mas é uma norma pressuposta. Esta norma fundamental seria o ponto de partida do processo de criação do Direito positivo. Ela própria não seria uma norma posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não seria uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que o patamar constituinte é considerado como a mais elevada autoridade e por isso não deve ser considerado como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por autoridade superior.

Ademais, a norma fundamental possui caráter dinâmico pelo fato de:

Não ter por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de um poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental (KELSEN, 1979, p.271).

Nessa altura, convém esclarecer que um fenômeno um pouco diferente ocorre com a análise do caráter dinâmico da norma fundamental no Estado Democrático de Direito, já que sua Constituição possui um conteúdo material expresso na própria “vontade da Constituição” (HESSE, 1991, p. 24), que determina a aplicação concreta dos direitos fundamentais por ela previstos e a forma como se obterá tal efetividade.

1.5 O princípio da supremacia constitucional

A chamada soberania do Estado teve seu apogeu no século XIX. Implementou-se por meio de um Estado Legislativo¹⁶. No entanto, seu declínio teve com o princípio político do liberalismo e da democracia no final daquele século, quando o pluralismo político e social passou a contestar a ideia de soberania e de sujeição. Houve a formação de centros de poder alternativos e concorrentes com o Estado que operavam no campo político, econômico, cultural e religioso, mesmo em dimensões totalmente independentes do território estatal. Aconteceu a progressiva institucionalização, por vezes aprovada pelo próprio Estado, de “contestação” dos poderes que dele integravam na dimensão sobre estatal, com isto subtraindo a disponibilidade do Estado (ZAGREBELSKY, 1992).

A substituição da soberania do Estado (ZAGREBELSKY, 1992) pela soberania da Constituição criou uma nova forma de pensar a Constituição, qual seja a supremacia constitucional. Após esta transformação, a efetividade da Constituição passou a ser o ponto fundamental para se chegar a uma sociedade plena da garantia de seus direitos fundamentais, “não mais como centro do qual tudo deriva por irradiação, através da soberania do Estado, a qual se apóia, mas como centro para o qual tudo deve convergir” (ZAGREBELSKY, 1992, p. 10).

A Constituição, como instância superior do ordenamento jurídico, é o conjunto de normas jurídicas positivas (regras e princípios) plasmadas em um documento escrito e que apresentam relativamente às outras normas do ordenamento jurídico caráter fundacional e primazia normativa (CANOTILHO, 2003).

Esta supremacia da Constituição possui três noções fundamentais:

- (1) as normas do direito constitucional constituem uma *Lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (autoprimazia normativa);
- (2) as normas de direito constitucional são normas de normas (normas normarum), afirmando-se como fonte de produção de outras normas [...];
- (3) [...] implica o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes políticos com a Constituição [...] (CANOTILHO, 2003, p. 1.147).

¹⁶ A supremacia da lei diferencia-se da supremacia da Constituição, pois na primeira há a configuração da vontade das maiorias, enquanto na segunda há o implemento dos elementos caracterizadores de uma válida ação pública. Assim, a supremacia constitucional determina o que é a vontade da Constituição e quem delimita e rege o Estado.

O Estado de Direito, ao longo do século XIX, firmou-se como um Estado Legislativo. O Poder Legislativo tornou-se uma fábrica de fazer leis e, com isso, a lei devorou o direito, a legalidade e a legitimidade¹⁷. Como o maior número de leis não significa mais legalidade, “pode-se estabelecer até uma proporção perversa: quanto mais leis, mais ilegalidade” (ZAGREBELSKY, 2005, p.2). O homem, após padecer do mal da tirania de regimes autoritários, resolveu limitar a legislação por meio de uma única lei, a lei constitucional, dotada de “valor e força superiores à ordinária” (ZAGREBELSKY, 2005, p.5). Dentro dessa concepção, a Constituição “pode ser considerada uma tentativa de restaurar a legitimidade no direito, na vizinhança da sua legalidade” (ZAGREBELSKY, 2005, p.5).

A Constituição, como norma suprema, se coloca hierarquicamente no topo da pirâmide normativa (KELSEN, 1992), sendo que todas as demais normas àquela se submetem¹⁸. Em conseqüência, todos os atos normativos estão vinculados à Constituição, garantindo a liberdade e a dignidade do indivíduo (FERRARI, 2004. p. 55), como também garantindo o Estado Constitucional, que vincula todos os Poderes.

É oportuna a crítica feita por Zagrebelsky (2005, p. 5) quando afirma ter a civilização moderna, com as melhores intenções, isolado a “Constituição no mundo das puras leis positivas, descurando a tarefa, tão ou mais importante, de fazê-la valer como força constitutiva de um idem sentir político, difuso em todos os estratos sociais”. Devem-se redobrar os cuidados para com a manutenção do texto constitucional, pois, erguendo a Constituição ao vértice de uma construção jurídica, se esqueceu de que aí também pode concentrar-se “uma medida de poder suficiente para ridicularizá-la, em vez de agir para difundi-la nos fundamentos da vida social

¹⁷ “A própria mãe terra, até há não muitas décadas considerada criatura auto-suficiente, base segura da vida dos seres animados, necessita agora de redes jurídicas de proteção dos seus equilíbrios, seriamente ameaçados pelo desenvolvimento destrutivo das atividades dos seus filhos. Pode pois dizer-se que não existe dimensão da existência que não seja objeto de atenção do direito, na sua forma positiva.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. A lei, o direito e a Constituição. Tradução de Antonino Rocha. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos>. Acesso em: 18 jul. 2010).

¹⁸ “A superioridade normativa da Constituição implica, como se disse, o princípio da conformidade de todos os atos do poder político com as normas e princípios constitucionais (Cfr. CRP, art. 3º/3). Em termos aproximados e tendenciais, o referido princípio pode formular-se da seguinte maneira: nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior – princípio da hierarquia – e nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia – princípio da constitucionalidade.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, p. 1.148).

como direito fundamental, isto é, literalmente, direito que serve de fundamento” (ZAGREBELSKY, 2005, p. 5).

A prevalência da Constituição, mesmo quando não garantida, deve ser desejada e aconselhada por todos (ZAGREBELSKY, 1977), pois, como ensina Piperno (1991, p.138-139), no ordenamento jurídico moderno:

[...] deve a Constituição procurar assegurar sua efetiva vigência, isto é, a efetiva observância das suas normas; e por isso tem confirmado, [...] a supremacia das suas normas, delimitando a atividade dos órgãos que são chamados a aplicá-la, vinculando os mesmos à própria criação de um órgão especial de garantia constitucional e a reserva da tarefa de proceder à revisão e às inovações prudentes, oportunas e necessárias aos órgãos expressamente investidos da especial atividade de revisão e legislação constitucional [...].

1.6 A supremacia da Constituição no sistema brasileiro

No sistema constitucional brasileiro, está consagrado o princípio da supremacia da Constituição escrita e rígida, cujas normas não podem ser modificadas senão por um poder constituinte reformador. O sentido de permanência que se quer conferir à Constituição no Estado Democrático de Direito é um grau de estabilidade normativa, para que se concretizem em plenitude os aspectos que ressaltam a multifuncionalidade que qualifica o documento constitucional. Ele deve ser um instrumento básico de regulação normativa do Poder, que se evidencia como um elemento decisivo na estruturação orgânica e na definição programática dos fins do Estado, além de estar qualificado, enquanto meio de solene afirmação dos direitos da pessoa e da coletividade social perante o Poder, como o estatuto jurídico das liberdades públicas¹⁹.

Vital Moreira garante que a supremacia constitucional superou a soberania do legislador determinando que:

[...] o respeito pela separação dos poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantado pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado. A ideia base é a de que a vontade política da maioria de cada momento não pode prevalecer contra a vontade da maioria constituinte incorporada na Lei Fundamental. A limitação da vontade da maioria ordinária decorre da

¹⁹ Voto do Min. Celso de Mello, na ADI n. 3.105/DF, rel. para o acórdão: Min. Cezar Peluso, julgamento de 18.4.04, publicado no DJ em 18.2.05.

supremacia de uma maioria mais forte. O poder constituído, por natureza derivado, deve respeitar o poder constituinte, por definição originário. (MOREIRA, 1995, p.179-180)

O art. 28, do preâmbulo da Constituição jacobina de 1793, determinava que “um povo tem, sempre, o direito de rever, de reformar e de mudar sua Constituição. Uma geração não pode sujeitar, às suas leis, as gerações futuras”. No entanto, as alterações constitucionais, que possam em um determinado momento histórico ser exigidas para conferir uma maior contemporaneidade a novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, deverão ser promovidas com a observação de “limitações formais, circunstanciais e materiais que conformam e condicionam o processo de reforma estabelecido e disciplinado na própria Carta Política. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional”²⁰.

Os dois elementos que identificam a Constituição como norma suprema, e legitimam, em consequência, o exercício das funções estatais, são: a garantia dos direitos fundamentais e a disciplina jurídica do poder político.

Segundo o art. 16, da Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, toda Constituição deve ter a garantia dos direitos assegurada e a separação dos poderes determinada. Cumpre verificar como se relacionam os dois elementos de identificação da Constituição como norma suprema, de modo a precisar o papel que corresponde ao Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais.

1.7 Os direitos fundamentais: histórico

O primeiro elemento que identifica a Constituição como norma suprema para um povo são os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são os direitos inerentes “à própria noção de pessoa, como os direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade e como a base principal da situação jurídica de cada pessoa. Depende das filosofias políticas,

²⁰ Voto do Min. Celso de Mello, na ADI n. 3.105/DF, rel. para o acórdão: Min. Cezar Peluso, julgamento de 18.4.04, publicado no DJ em 18.2.05.

sociais e econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar” (MIRANDA, 2000. p. 10).

Os direitos fundamentais do homem e da mulher estão previstos, para além do âmbito estatal, na Carta Internacional dos Direitos do Homem, que é constituída pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e seu Protocolo Facultativo.

Em 10 de dezembro de 1948, após a Segunda Guerra Mundial (em que foram desrespeitados os mais elementares direitos do ser humano), mediante a Resolução n. 217, da Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas, foi aprovada a Declaração Universal, dos Direitos do Homem. Nos trinta artigos que compõem esta Declaração Universal estão previstos os direitos mínimos, para que o ser humano tenha uma existência digna e fraterna, orientada pelo poder público de todas as nações.

Em 1951, com o mundo já dividido pela Guerra Fria²¹, a Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas decidiu que seriam elaborados dois Pactos²², ao

²¹ Não existe um consenso sobre a data exata do início da Guerra Fria. Para alguns estudiosos, o marco simbólico foi a explosão nuclear sobre as cidades japonesas de Hiroshima e Nagasaki, em agosto de 1945. Outros acreditam que seu início data de fevereiro de 1947. Foi quando o presidente norte-americano Harry Truman lançou no Congresso dos Estados Unidos a Doutrina Truman, que previa uma luta sem tréguas contra a expansão comunista no mundo. E há também estudiosos que lembram a divisão da Alemanha em dois Estados, em outubro de 1949. O surgimento da Alemanha Oriental, socialista, estimulou a criação de alianças militares dos dois lados, tornando oficial a divisão da Europa em dois blocos antagônicos. Poderia ser esse o marco inicial da Guerra Fria (BENZ, Wolfgang; GRAMI, H. El siglo XX: Europa después de la 2ª Guerra Mundial. V. I. México: Siglo XXI Editores, 1986. p. 137).

²² “No início da elaboração dos pactos internacionais relativos aos direitos humanos, discutiu-se bastante a questão de saber se era necessário um ou dois pactos. Os argumentos apresentados num e noutro sentido dão uma ideia bastante precisa das divergências de pontos de vista relativos aos direitos civis e políticos e suas relações com os direitos econômicos, sociais e culturais, e inversamente. Estes argumentos que vão ser indicados a seguir são retomados nos ‘Comentários do secretário-geral da organização das Nações Unidas sobre o texto dos projetos de pactos internacionais relativos aos direitos dos homens’. Os adeptos da redação de um pacto único abrangendo simultaneamente os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais afirmavam não ser possível distinguir nitidamente diferentes categorias de direitos do homem, nem classificar estes direitos segundo uma hierarquia de valor. Todos os direitos deviam ser encorajados e protegidos. Na ausência de direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos corriam o risco de ser puramente nominais. Na ausência de direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais não poderiam ser garantidos por muito tempo. Contrariamente, os adeptos da relação de dois instrumentos distintos defendiam que os direitos civis e políticos eram suscetíveis de reconhecimento e proteção judicial e imediatamente aplicáveis, enquanto que os direitos econômicos, sociais e culturais deviam ser aplicados progressivamente. Faziam notar que, de uma maneira geral, os direitos civis e políticos eram os direitos do indivíduo ‘contra o Estado’, isto é, contra intervenção ilícita e injusta do estado, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais eram os direitos que o Estado deveria encorajar tomando medidas concretas. Os que assim marcaram a diferença entre as duas categorias de direitos sublinharam igualmente que os direitos

invés de um, criando-se dois tipos de direitos: os direitos econômicos, sociais e culturais, de um lado, e os direitos civis e políticos, de outro. Essa dicotomia de direitos foi o resultado dessa época histórica em que o mundo dividido em dois campos antagônicos (Estados Unidos da América e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas) foi “separado por uma sinuosa linha vertical que ia de um pólo ao outro, como se desenhasse sobre o Atlas um enorme Tratado de Tordesilhas ideológico” (DELMAS, 1979. p. 73). A divisão da política mundial influenciou a Organização das Nações Unidas, como não poderia deixar de ser, sendo que o grupo de países aliados aos Estados Unidos priorizava os direitos civis e políticos, enquanto os países aliados à União Soviética enfatizavam os direitos econômicos, sociais e culturais (TRINDADE, 2000). Hodiernamente, nas Constituições democráticas, estão configurados conjuntamente os direitos econômicos, sociais e culturais, civis e políticos expressos nos dois Pactos Internacionais, pois todos configuram os direitos fundamentais de cada pessoa humana.

O Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976) reconhece o direito ao trabalho, o direito de todos disporem de condições de trabalho justas e favoráveis; de formarem e de se filiarem a sindicatos; o direito à segurança social, incluindo os seguros sociais, à proteção e à assistência o mais ampla possível à família, às mães, às crianças e aos jovens; o direito a um nível de vida condigno e ao melhor estado de saúde física e mental possível; o direito à educação e à participação na vida cultural.

O Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos estabelece a proteção do direito à vida e determina que ninguém deve ser submetido à tortura nem a pena ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; ninguém deve estar sujeito à escravidão, sendo a escravatura e o tráfico de escravos proibidos, e ninguém deve ser mantido em servidão ou constrangido a realizar trabalho forçado ou obrigatório; ninguém deve ser preso ou detido arbitrariamente; todos os indivíduos privados da sua liberdade devem ser tratados com humanidade e ninguém deve ser preso pela simples razão de não estar em situação de executar um compromisso contratual.

civis e políticos, como direitos ‘legais’, requeriam meios e “Métodos de aplicação diferentes (nomeadamente, o processo das queixas) dos direitos econômicos, sociais e culturais, que eram direitos ‘programa’, cuja aplicação seria melhor assegurada por um sistema de relações periódicas.” (BOVEN, Theodor C. Van os critérios de distinção dos direitos do homem. In: VASAK, Karel. As

Além disso, os artigos estabelecem a proteção do direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião e à liberdade de opinião e de expressão. Reconhece o direito de reunião pacífica e o direito de liberdade de associação. Reconhece também o direito de o homem e a mulher em idade núbil se casarem e constituírem família e o princípio da igualdade de direitos e responsabilidades dos cônjuges em relação ao casamento, durante a constância do matrimônio e quando da sua dissolução. Recomenda medidas tendentes a proteger os direitos da criança e reconhece o direito de todo cidadão a tomar parte na direção dos negócios públicos, de votar e ser eleito e de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas do seu país. Estabelece ainda que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção da lei. Estipula medidas que visam à proteção das minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas que existem eventualmente nos Estados Partes.

Os direitos fundamentais civis e políticos e os econômicos, sociais e culturais, previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que devem estar concomitantemente incluídos na Constituição de cada Estado Democrático de Direito, são chamados, respectivamente, de direitos fundamentais de defesa, representando os direitos intrínsecos de cada homem e mulher, e de direitos fundamentais de prestação, devendo ser efetivados pelo poder público. Como já explicitado, todos os direitos fundamentais estariam incluídos em uma única classificação, não fosse um imperativo geopolítico – a divisão histórica do mundo em dois blocos -, sendo a relação com o Estado uma questão de graduação da necessidade da aplicação destes direitos. Não obstante, analisar-se-ão os direitos fundamentais sob a clássica subdivisão em direitos de defesa e de prestação.

1.7.1 Os direitos fundamentais de defesa e os direitos fundamentais de prestação.

Freqüentemente, o Poder Executivo e o Poder Legislativo têm deixado de realizar seus papéis constitucionalmente determinados para o implemento dos

direitos fundamentais: o Poder Executivo tem deixado de efetivar os direitos fundamentais, por várias razões, entre elas: a falta de competência do administrador público e a falta de organização de receitas e despesas na administração de governo. Já o Poder Legislativo deixa de efetivar os direitos fundamentais quando se omite em legislar infraconstitucionalmente como devem ser implementados estes direitos. Fato é que, para suprir a falta de efetividade dos Poderes Executivo e Legislativo em relação aos direitos fundamentais, cada vez mais se tem utilizado a via do Poder Judiciário.

Os direitos fundamentais de defesa, que estão intrinsecamente relacionados com a liberdade e com o direito de participação, são direitos “cujo conteúdo se traduz fundamentalmente em exigir que o próprio Estado se abstenha de intervenções coativas na esfera jurídica do particular” (CANOTILHO, 2004. p. 76). Os direitos de defesa são aqueles direitos subjetivos dos cidadãos, que devem ser assegurados e não violados pelo Estado. São direitos negativos do Estado. Exemplos de direitos de defesa: o direito à propriedade, o direito de ir e vir, a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de credo, a liberdade partidária e o direito de associação. Nessa categoria, não sem reservas, também se poderia incluir os direitos de proteção jurídica²³.

Já os direitos de prestação são de natureza programática, sujeitos aos meios concedidos pelo Estado para seu desenvolvimento. Esta expectativa de direitos está associada a uma faculdade de exigir-se do Estado seu cumprimento.

Os direitos fundamentais, embasados na dignidade da pessoa humana, transparecem a dupla função de direitos de defesa e prestacionais e:

[...] tal caráter dúplice manifesta-se não apenas pela circunstância – já suficientemente demonstrada – de que tanto os assim denominados direitos de defesa (ou direitos negativos), mas também os direitos a prestações fáticas e jurídicas (direitos positivos) correspondem, ao menos em regra, às exigências e constituem – embora em maior ou menor grau – concretizações da dignidade da pessoa humana, mas também pelo fato de que da dignidade decorrem, simultaneamente, obrigações de respeito e

²³ “O direito à proteção jurídica é o direito que qualquer titular de um direito fundamental tem de exigir do Estado que o ‘proteja’ perante agressões de outros cidadãos; um direito fundamental de defesa é um direito cujo conteúdo se traduz fundamentalmente em exigir que o próprio Estado (poderes públicos) se abstenha de intervenções coativas na esfera jurídica do particular. Quer dizer: nos direitos à proteção estamos perante direitos constitucionais que apontam para a necessidade de o Estado conformar a ordem jurídica (ex.: tipificando e punindo como crime as ofensas à vida ou protegendo os cidadãos contra indústrias poluentes), de modo a evitar a violação dos direitos dos particulares por parte de outros sujeitos privados.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e déficit procedimental. In: Estudos sobre direitos fundamentais, p. 76).

considerações (isto é, de sua não-violação), mas também um dever de sua promoção e proteção (por meio de medidas positivas) [...] (SARLET, 2001, p. 96)

Querer admitir distinção entre os direitos fundamentais de defesa e de prestação baseado no fato de que somente existem custos para o Estado na implementação dos direitos de prestação é afirmação totalmente incorreta, uma vez que não só para implantarem-se os direitos de prestação, como a educação, saúde, previdência, trabalho, há a oneração do Estado, mas também para a execução dos direitos de defesa, como o de votar e o de participar da vida política. Com efeito, os custos para o implemento dos direitos de defesa, que se referem à instituição e à manutenção de uma Justiça Eleitoral, são tão onerosos quanto à implementação de projetos sociais.

1.7.2 Direitos de prestação: princípio do não-retrocesso

A implementação dos direitos de prestação, muitas vezes, esbarra com o argumento dos administradores públicos de falta de recursos orçamentários; entretanto, o Supremo Tribunal Federal tem, reiteradamente, decidido que o Estado é o responsável pelas atividades que lhes são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. Assim o Estado teria que atentar-se para o seu próprio objetivo, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem²⁴.

Quanto a essa obrigação imposta ao Estado, Enrique Vázquez (1987, p.84) entende que:

[...] a natureza programática de tais direitos não significa, de forma alguma, uma desculpa para seu descumprimento. Pelo contrário, a presença de programas impõe deveres mais integrais e sistemáticos aos Estados, obrigando-os a dar conta da coerência e avanços progressivos de suas ações dirigidas à proteção dos direitos indicados. [...] o art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações

²⁴ RE-AgR. N. 255.627-RS, rel. Min. Nelson Jobim, julgamento de 21.11.00, publicado no DJ em 23.2.01.

Unidas condiciona o cumprimento destes direitos ao máximo de recursos disponíveis de cada Estado. À primeira vista, pareceria ignorar-se que o problema da disponibilidade de recursos de um Estado é um dos temas centrais e forma parte do mesmo conteúdo dos direitos econômicos. Não é correto supor um nível dado de recursos disponíveis para desenvolver os direitos econômicos, senão devem incluir-se como parte da agenda os mecanismos para aumentar progressivamente esses recursos econômicos disponíveis. Desta forma, o obstáculo da factibilidade se converterá em outro dos objetivos a alcançar, próprio do conteúdo dos direitos econômicos.

O Estado, além de ser responsável pelas atividades precípuas de educação, saúde e segurança pública, por maior razão ainda é responsável quando estes direitos de prestação se convertem de aspirações dos cidadãos em conteúdo específico de programas dos governos federal, estadual ou municipal, implementados nas leis orçamentárias.

A proteção destes direitos se torna obrigatória e não pode deixar de ser cumprida sob a alegação da contingência de orçamento²⁵ realizada pelo Poder Executivo. Isto porque os direitos de prestação que constam no orçamento transformam a natureza programática destes direitos em vinculativa, uma vez que deixam de ser uma mera expectativa e passam a ser obrigatórios, por constarem nas leis orçamentárias, disciplinadas na Constituição de 1988, no art. 165, I, II e III. As leis orçamentárias de que se trata são: a) o plano plurianual, que contém as diretrizes, metas e objetivos da Administração Pública, por, no mínimo, um quadriênio; b) a lei de diretrizes orçamentárias, que antecede a elaboração do orçamento anual, pois contém as metas e prioridades da Administração Pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientando a elaboração da lei orçamentária anual e dispendo sobre as alterações na legislação tributária; e c) a lei orçamentária anual, que prevê de forma estimada as receitas da Administração Pública, assim como autoriza a realização das despesas.

²⁵ O contingenciamento do orçamento realizado pelo Poder Executivo é um expediente esdrúxulo. E não pode mais ser admitido por um Estado Democrático de Direito, pois “se o governo pode, a seu talante, gastar menos do que foi aprovado, a aprovação em si do orçamento é um jogo de faz-de-conta. É uma forma sutil de esbulho do contribuinte”. (FURTADO, Celso. Contingenciamento orçamentário e as prerrogativas do Congresso. Editoriais. 13.2.04. Disponível em: <www.desempregozero.org.br>. Acesso em: 19 abr.. 2010). Na legislação brasileira, a programação constante na lei orçamentária não possui execução obrigatória. Portanto, por qualquer motivo, pode ser alterada a programação orçamentária, com a desculpa de contingenciamento dada pelo Poder Executivo. Além das numerosas fraudes que desviam recursos orçamentários.

Assim sendo, os direitos de prestação passam a ser direitos subjetivos daqueles indivíduos beneficiados pelos programas. Realiza-se, assim, o princípio do não-retrocesso social, que consiste em:

[...] dizer que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta proteção de “direitos prestacionais de propriedade”, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas (CANTONILHO, 2003, p. 479).

1.7.3 Relação entre os direitos fundamentais e a presença ou abstenção do Estado

Deve-se ter em mente que não existem direitos fundamentais “sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada” (MIRANDA, 2000, p. 8), e para haver direitos fundamentais, é necessário que o Estado e a pessoa, a autoridade e liberdade se distingam e até mesmo se contraponham (MIRANDA, 2000).

A relação entre a presença ou abstenção do estado e direitos de defesa, de um lado, e direitos de prestação, de outro, é diretamente proporcional à evolução e modificação do conceito de direitos fundamentais. Originariamente era um conceito político, que abrangia o respeito pelo Estado e uma esfera de liberdade de pessoa humana. O Estado não intervinha na esfera dos direitos de defesas, pois estes direitos provinham no seu conjunto de uma concepção individualista. No transcorrer do tempo, o conceito de direitos fundamentais já não é o oposto ao estado. Há, então, a pessoa que participa na estruturação política da sociedade de que é membro, exercendo direitos políticos no seio do Estado. Por fim, com o aparecimento da noção dos direitos de prestação, o gozo efetivo dos direitos deve

ser garantido pelo Estado ou por seu intermédio. Nesta perspectiva, o Estado é o garantidor do bem-estar econômico e social.

É importante salientar que nos direitos de defesa há a necessidade de abstenção estatal, mas para a concretização destes direitos a intervenção estatal não está de todo ausente. Canotilho (2004) ressalta que reconhecer direitos de defesa significa direito à existência de tribunais, direito à jurisdição, direito à decisão judicial, direito à execução de sentenças judiciais.

Esses direitos não podem, porém, ser realizados eficazmente sem a intervenção do Estado (que cria tribunais estabelece processos e procedimentos, organiza as magistraturas, impõe o cumprimento das decisões). Conseqüentemente, a sua estrutura básica não se diferencia dos vulgarmente chamados direitos a prestações (CANOTILHO, 2004, p. 77).

1.7.4 A unidade e a interdependência dos direitos fundamentais

Contrários à ideia da unidade dos direitos fundamentais, alguns autores reconhecem a primazia dos direitos de defesa sobre os direitos de prestação. Garcia Méndez (2004), que traduz esta primazia, nega a importância do conteúdo dos direitos de prestação e relega a discussão a um debate público sobre a conveniência de priorizar algum tipo de direito e subtrair, ou não, da política (confiando-os exclusivamente ao direito) alguns aspectos da vida social pertencentes àquilo que, em sentido amplo, pode ser denominado desenvolvimento econômico e social.

Garante, ainda, que a não-aceitação da predominância dos direitos de defesa sobre os direitos de prestação,

[...] mediante a afirmação de que todos os direitos são igualmente prioritários, tem provocado, principalmente nos países do Sul, um aumento nas violações aos direitos políticos, ao mesmo tempo em que não tem provocado qualquer avanço significativo no campo dos direitos econômicos e sociais. Considerando o caráter político e culturalmente hegemônico que assumiu a dimensão dos direitos humanos que mais adiante caracterizarei como 'programático', estabelecer que todos os direitos são igualmente importantes e, em conseqüência, igualmente prioritários, constitui uma forma sutil de confirmar a prioridade real daqueles direitos cujo não-cumprimento não chega a gerar fortes tensões políticas com os Estados. A possibilidade de estabelecer um relacionamento de constante cooperação não-conflitante com o Estado, se a prioridade real são os direitos econômicos e sociais, explica, em boa medida, o caráter hegemônico dessa tendência (MÉNDEZ, 2004, p. 12-13).

Todavia, não há sentido algum em priorizar alguns direitos em detrimento de outros, pela singela razão de que os direitos fundamentais são unos, ou seja, são indivisíveis, sendo que “esta ideia de indivisibilidade implica que os direitos do homem formem um todo e que não se possa estabelecer uma hierarquia entre eles” (BOVEN, 1983, p. 60).

Assim, a primazia dos direitos de defesa sobre os direitos de prestação contraria a indivisibilidade dos direitos fundamentais. Deve-se frisar que os direitos de prestação estão assegurados constitucionalmente, portanto, é obrigatório seu cumprimento, sendo tão fundamentais quanto o são os direitos de defesa.

Não se pode deixar que os direitos fundamentais de prestação sejam relegados à caridade, isto porque são direitos assegurados constitucionalmente e é dever do Estado garanti-los. O Supremo Tribunal Federal tem implementado os direitos de prestação em alguns casos específicos como: o direito à educação infantil em creches e pré-escolas de crianças de até seis anos de idade²⁶, o direito ao transporte escolar gratuito aos alunos²⁷ e o direito à saúde com o fornecimento

²⁶ “Recurso Extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional á educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º). Recurso improvido. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (C, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 221, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF< art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular a executar políticas públicas, se revela possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”. (RE-AgR. N. 410.715/SP, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22.11.05, publicado no DJ de 3.2.06).

²⁷ “1. Discute-se no presente recurso extraordinário a obrigatoriedade de o Estado de São Paulo e o Município de Presidente Venceslau fornecerem transporte escolar gratuito aos alunos domiciliados

gratuito de medicamentos indispensáveis para pessoas destituídas de condições financeiras²⁸. Assim, os direitos de defesa e os direitos de prestação são direitos

nos assentamentos daquela municipalidade. 2. O Ministério Público promoveu ação civil pública contra a Fazenda Estadual, requerendo sua condenação em obrigação de fazer – consistente na regularização do transporte escolar gratuito. 3. A ação foi julgada procedente. 4. O Estado de São Paulo apelou e o Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso, decidindo que os mecanismos destinados a assegurar o direito à educação estão inseridos no âmbito da discricionariedade administrativa, sendo vedada a ingerência do Poder Judiciário no que a eles concerne. 5. O Ministério Público interpõe o presente recurso extraordinário com fundamento no disposto no artigo 102, III, a, da Constituição de 1988. afirma que ‘o Poder Judiciário poderá invalidar a opção do Administrador, explicitando se existe e até onde vai a discricionariedade, no caso concreto. [...] Há que se indagar se discricionariedade, no caso quanto ao momento de atuação, permite a omissão durante tempo indeterminado, malgrado a existência da norma elegendo e valorando o interesse público (promoção da Educação)’. 6. alega violação do disposto nos artigos 2º e 208, I e VIII, da Constituição de 1988. 7. Assiste razão ao recorrente. 8. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. A omissão administrativa impede que o Poder Público cumpra integralmente dever a ele imposto pela própria Constituição de 1988. O Supremo, no julgamento do RE n. 436.996, relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 3.2.06, firmou entendimento no sentido de que ‘[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental’. Assim, ‘[o]s Municípios – que atuarão prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo artigo 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que, representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social’. 9. Ressaltou ainda que ‘embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnado de estatura constitucional.’ (RE n. 293.412/SP, rel. Min. Eros Grau, decisão de 15.4.06, publicado no DJ de 29.5.06).

²⁸ “Paciente portador de Hepatite ‘B’ e ‘C’. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial. Fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes. Dever constitucional do Estado (CF, arts. 5º, caput, e 196). Precedentes (STF). Reconhecido e provido. Decisão. [...] Entendo assistir plena razão ao Ministério Público do Estado de Santa Catarina, pois o desacolhimento de sua pretensão recursal poderá gerar resultado inaceitável sob a perspectiva constitucional do direito à vida e à saúde. É que – considerada a irreversibilidade, no momento presente, dos efeitos danosos provocados pela patologia que afeta o paciente (que é portador de hepatite ‘B’ e ‘C’) – a ausência de capacidade financeira que o aflige impede-lhe, injustamente, o acesso ao tratamento inadiável e ao fornecimento do medicamento a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa. A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional autoriza o acolhimento do pleno recursal ora deduzido na presente causa. Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet n. 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao

julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável á vida e à saúde humanas. Cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo á saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra escrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (CRETILLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. V. VIII/4.332-4.334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas – preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular, itens ns. 20/21, Malheiros, 2000. p. 199) – recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem e permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. [...] Todas essas razões levam-me a acolher a pretensão recursal deduzida nos presentes autos, ainda mais se considerar que o acórdão ora recorrido diverge, frontalmente, da orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame da matéria em causa (RTJ 171/326-327, Rel. Min. Ilmar Galvão – AI n. 462.563/RS, Rel. Min. Carlos Velloso – Ain. 486.816-Agr/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso – AI n. 532.687/MG, Rel. Min. Eros Grau – AI n. 537.237/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence -RE n. 195.192/RS, Rel. Min. Marco Aurélio – RE n. 198.263/RS, Rel. Min. Sydney Sanches – Re n. 237.367/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa – RE n. 242.859/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão - RE n. 246.242/RS, Rel. Min. Néri da Silveira – RE n. 279.519/RS, Rel. Min. Nelson Jobim – RE n. 297.276/SP, Rel. Min. Cezar Peluso – RE n. 342.413/PR, Rel. Min. Ellen Gracie – RE n. 353.336/RS, Rel. Min. Carlos Britto – AI n. 570.455/RS, Rel. Min. Celso de Mello) [...] A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMA-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seus impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. [...]” (RTJ 175/1.212-1.213, Rel. Min. Celso de Mello). (RE n. 509.569/SC, RI. Min. Celso de Mello, decisão de 1º.2.07, publicado no DJ de 14.3.07). No sentido de restrição ao fornecimento dos medicamentos: “[...] Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizados. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a

fundamentais de igual importância, previstos em igualdade de condições nas Constituição dos Estados Democráticos de Direito.

1.8 O princípio constitucional da separação dos poderes como elemento de identificação da supremacia da Constituição.

Outro elemento de identificação da Constituição como norma suprema para um povo é o princípio da separação de poderes.

É certo que a teoria da separação dos poderes tem desempenhado um papel primordial na conformação do Estado Democrático de Direito. O termo ora utilizado é “separação dos poderes”, entretanto, a exemplo do que ocorre com os direitos fundamentais, o poder do Estado é uno e indivisível (DALLARI, 1995; LOEWENSTEIN, 1976; CAPPELLETTI, 1999,). Assim, para que melhor se possa entender o real papel que corresponde ao Poder Judiciário, o princípio da separação dos poderes deve ser analisado sob duas óticas: pelo redimensionamento da tripartição dos poderes; e pela existência de dois poderes constituintes originários.

inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio dos medicamentos em questão em prol da impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, os medicamento solicitados pela impetrante, à exceção do Atorvastatina, não constam da lista do Programa de Dispensação de Medicamento em caráter excepcional do Ministério da Saúde. Constatado, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento à impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, ‘o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo’ (fl. 15). Além disso, poderá haver o denominado ‘efeito multiplicador’ (SS n. 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.01), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela da impetrante. Nesse sentido, transcrevo parte do parecer da Procuradoria-Geral da República: ‘12. Na presente hipótese, contudo, nota-se que a decisão impugnada, ao acolher a pretensão esboçada na inicial do writ e impor ao Estado a obrigação de fornecer medicamentos não inseridos no Programa Nacional de Dispensação de Medicamentos, incursionou em seara exclusiva da administração, interferindo na política pública de escolha dos medicamentos distribuídos à comunidade, que segue procedimentos próprios estabelecidos em lei. 13. A determinação de entrega de fármacos não constantes da lista oficial do Ministério da Saúde gera, por outro lado, impacto não previsto nas finanças públicas, comprometendo a programação estatal de aquisição, estocagem e distribuição de medicamentos, em prejuízo da universalidade do atendimentos. 14. É que a gestão da política nacional de saúde deve ser feita de forma generalizada, buscando atender o maior número possível de pessoas, com a implementação de práticas que garantam o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, nos exatos termos do art. 196 da Constituição Federal [...]. [...] 16. Finalmente, registre-se não haver o chamado perigo de dano inverso, uma vez que a impetrante está recebendo o tratamento adequado, com o fornecimento do medicamento atorvastatina que, segundo informa o Estado requerente, seria suficiente para o atendimento à saúde da paciente, constituindo os

1.8.1 A separação dos poderes: redimensionamento da tripartição dos poderes

A primeira perspectiva de análise do princípio da separação dos poderes é por meio do redimensionamento da tripartição dos poderes. É também por este mecanismo que se permite aos Tribunais Constitucionais a garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Com o estudo da evolução do princípio da separação dos poderes, vislumbra-se a alteração do papel dos poderes do Estado perante a Constituição.

1.8.2 A separação dos poderes em Hans Kelsen – Século XX

O presente trabalho tem como marco Kelsen. Esse doutrinador refutou a ideia da separação dos poderes surgida, originalmente, para impor a liberdade, a segurança individual e a redução do Estado pelo Direito.

Anteriormente à Kelsen, as funções estatais eram: a) função legislativa, que traduzia a forma como o Estado criava e modificava o ordenamento jurídico, mediante a edição de normas gerais, abstratas e inovadoras; b) função jurisdicional, que se destinava à conservação e à tutela do ordenamento jurídico, por meio de decisões individuais e concretas, dedutíveis das normas gerais; e c) função executiva, que se concretizava com os objetivos e a realização do Estado, nos limites impostos pelas normas jurídicas (PIÇARRA, 1989).

Para Kelsen, os chamados Três Poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, que não são três, mas duas: a criação e a aplicação do Direito, sendo “impossível atribuir a criação do Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções” (KELSEN, 1992, p. 264).

Analisando a separação do Poder Legislativo do Poder Executivo, Kelsen (1992) defende a impossibilidade da reserva da legislação a “um corpo separado de funcionários públicos”, excluindo-se todos os outros órgãos dessa função. Com efeito:

Não existe nenhuma ordem jurídica, de nenhum estado moderno, segundo a qual os tribunais e autoridades administrativas sejam excluídas da criação de normas jurídicas gerais, isto é, da legislação, e da legislação não apenas com base em estatutos e regras de costume, mas também diretamente baseada na Constituição (KELSEN, 1992, p. 264).

Ensina que há apenas uma aparência da separação de poderes, pois

[...] apenas as normas gerais criadas pelo 'órgão' Legislativo são designadas como 'leis' (*leges*). Mesmo quando a Constituição sustenta expressamente o princípio da separação de poderes, a função legislativa – uma mesma função, e não duas funções diferentes – é distribuída entre vários órgãos, mas apenas a um deles é dado o nome de órgão 'Legislativo'. Esse órgão nunca tem o monopólio da criação de normas gerais, mas, quando muito, uma determinada posição favorecida, tal como a previamente caracterizada. (KELSEN, 1992, p. 264)

Para Kelsen, os tribunais possuem função legislativa quando anulam leis inconstitucionais e decretos-leis e tomam decisões que se convertem em precedentes para novas decisões em casos similares. Nestes casos, são criadas normas gerais equivalentes às normas criadas pelo Poder Legislativo, não se podendo distinguir, material ou intrinsecamente, em termos absolutos, uma função estatal da outra. Dessa forma, Kelsen desestabilizou a teoria da separação dos poderes enquanto teoria da diferenciação material das funções do Estado (PIÇARRA, 1989).

1.8.3 A separação de poderes em Otto Kimminich

Kimminich (1992) trata do assunto na forma da divisão de poderes no Estado de Direito.

Para Kimminich²⁹ (1992) todos os detentores de alguma forma de poder, num Estado cuja Constituição é moldada em favor do Estado de Direito, são obrigados a buscar sempre e ininterruptamente, seja no Poder Executivo, no Legislativo ou no Judiciário, a realização da justiça material. Para ele o Estado de Direito não contempla exceções temporais ou substanciais ao postulado da justiça

²⁹ Professor da Universidade de Regensburg, República Federal da Alemanha.

material. Esta unidade expressa característica do poder estatal que tem sido negligenciada pelos críticos da Corte Constitucional Federal alemã: a sua indivisibilidade. "A Tendência a ignorar esse atributo, considerado por todos os manuais de Teoria Geral do Estado como necessário e imanente ao poder estatal, é favorecida, todavia, pela difusão da doutrina denominada, erroneamente de "divisão de poderes".³⁰ e continua:

[...] A Lei Fundamental (alemã) adota esse postulado no seu art. 20, § 2º. Ela não se utiliza, porém, da expressão "divisão de poderes", limitando-se a enunciar como há de ser exercido o poder estatal emanado do povo: "do povo, através de eleições e plebiscitos, e por órgãos da legislação, do Poder Executivo e da Jurisdição". A Lei fundamental não diz que cada um desses órgãos exerce uma parte ou fração do poder estatal dividido, mas ressalta que esse poder é exercido por todos esses órgãos. Assim ninguém pode alegar que a Lei Fundamental operou uma separação de poderes ou que pretendeu realizá-la. (KIMMINICH, 1990, p. 284-302)

O que seria esse falso entendimento contrariaria a própria teoria da divisão de poderes na sua concepção originária. Kimminich diz que Aristóteles, ao fazer referências aos três poderes (assembléia Popular, Tribunais Populares e servidores do Estado) parece expressar o desenvolvimento inicial dessa doutrina, contudo limitando-se a descrever o quadro ateniense. Afirma que somente com Locke e Montesquieu essa realidade contemplada por Aristóteles viria a se inferir como uma autêntica reivindicação, mostrando-se mais desenvolvida em Montesquieu. No caso de Montesquieu por estar voltada contra o absolutismo que, no caso da Inglaterra, jamais atingiu as dimensões do sistema dominante no continente. Com a superação da Revolução Francesa e a restauração da monarquia, a ideia de divisão de poderes estava de tal forma arraigada na teoria e na *práxis* que acabou por ser consagrada em todas as Constituições promulgadas a partir da *Charte Constitutionnelle* de 1814³¹. Esta, por sua vez, serviria de modelo para as constituições liberais do sul da Alemanha, subsistindo até os dias atuais.

³⁰ KIMMINICH, Otto. Texto traduzido por Gilmar Mendes, em colaboração com Anke Schlimm. Publicado na Revista de Informação Legislativa, n. 105, p.284-302, 1990 e na revista de Direito público, n. 1, p.17-33, 1992.

³¹ Ao contrário das constituições da Revolução a Carta não foi baseada no princípio da soberania popular ou o acordo entre o povo e o monarca, mas foi adotada por Luiz VIII. quando da sua ascensão ao trono em 4 de Junho 1814, com base no seu poder monárquico., uma vez que o monarca estava limitado pela Constituição. Ela garantiu direitos básicos como o de igualdade perante a lei, a expressão individual, de imprensa e liberdade religiosa. A Carta lançou as bases para um sistema constitucional, com uma forte monarquia. O Rei estava livre para nomear e exonerar seus ministros e manter o controle sobre o Exército e a Marinha, a liberdade de decidir sobre a guerra e a paz. O monarca tinha o direito de concluir acordos diplomáticos e, em caso de emergência, ele tinha

No Estado Democrático de Direito, a divisão de poderes não constitui um princípio meramente formal. O seu conteúdo passa a ser material e inferido da própria noção de Estado de Direito. Antes, porém, há que ser ressaltado que a chamada divisão de poderes não se confunde, sobretudo no Estado de Direito democrático, com uma divisão do poder do Estado. Uma organização jurídica baseada em princípios diferenciados mostra-se inimaginável. A corte Constitucional federal alemã preservou o poder do Estado, apenas distribuindo as suas funções em julgado proferido em 18/12/1953, quando qualificou a divisão de poderes como “princípio de organização fundamental da Constituição”, adicionando que “o seu significado reside na distribuição de funções, na interdependência dos três poderes, e no equilíbrio do poder resultante dessa interação”³². Aqui se explicita porque a Lei Fundamental, sem entrar em contradição consigo mesma estabeleceu exceções ao princípio da divisão de poderes. “Assim, outorga-se ao Executivo competência legislativa limitada e controlada pelo art. 80 da Lei Fundamental³³, concedem-se faculdades típicas do Poder Executivo ao Legislativo, no âmbito do orçamento e das relações exteriores, e identificam-se atos típicos do Poder Executivo na esfera do Judiciário. Como aqueles praticados no exercício da jurisdição voluntária”³⁴.

Como explica Gilmar Mendes:

poderes políticos amplos . Havia um Parlamento bicameral relativamente fraco . O Parlamento legislava sobre impostos. Os ministros eram responsáveis perante o Parlamento . Os membros do Parlamento eram Senhores . Os cargos do Parlamento eram hereditários e os seus membros nomeados pelo rei . Os cargos eram vitalícios. Havia também eleições censitárias para a outra parte do Parlamento, composta por deputados . Os deputados, no entanto, tinham atuação limitada. O direito do voto custava 300 francos por ano. Globalmente, na França , apenas cerca de 100.000 pessoas votavam. O direito a candidatar-se às eleições situou-se em torno de 1.000 francos e o só podia ser candidato os maiores de 40 anos. A fraqueza do Parlamento deveu-se também ao fato de que o rei tinha o direito de pré-aviso, suspensão e dissolução do Parlamento. A ação legislativa cabia à Coroa.

³² BVerfGE 3, 247

³³ O art. 80, I, da Lei Fundamental estabelece, *verbis*: “O governo Federal, um ministro de Estado ou os Governos Estaduais podem ser autorizados a editar decretos. Nesse caso, deve a lei prescrever o conteúdo, o objetivo e os limites da autorização. O fundamento jurídico deve constar do decreto. Se a lei estabelecer que a autorização pode ser delegada a outro órgão, é indispensável que a delegação seja formalizada por decreto”. Na tradução de Gilmar Mendes “pretendeu-se, com a disposição em apreço, evitar a derrogação tácita do princípio da legalidade e do princípio democrático através de uma ‘transferência silenciosa’ do poder de legislar ao Executivo (*eine geräuchlose Verschiebung*). Ao mesmo tempo, estabeleceu-se restrição a uma eventual ‘fuga da responsabilidade’ (*Flucht aus der Verantwortung*) por parte do legislador, compelindo-o a fixar as linhas fundamentais da legislação (conteúdo, objetivo e limite) e obviando as autorizações gerais e abstratas (*Globalermächtigungen*, utilizadas abusivamente na República de Weimar (FRITZ OSSENBÜHL. Die Quellen des Verwaltungsrechts. In: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin-New York, 1988; p.86; KARLHEINZ SEIFER e DIETER HÖMIG. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Taschenkommentar). Baden-Baden, 1985, p.368/370).

Com a decisão em favor da divisão de poderes na sua concepção originária e autêntica - isto é, distribuição do exercício de funções estatais entre órgãos diferenciados e independentes entre si – não pretenderam os formuladores da Lei Fundamental concretizar um princípio puramente formal. O princípio da divisão de poderes do art. 20, §2º, da Lei Fundamental, somente tem significado e conteúdo em consonância com o sentido que lhe atribui à jurisprudência dominante do *Bundesverfassungsgericht*: limitação recíproca e moderação do poder do Estado.³⁵

É por isso, segundo Kimminich, que a distribuição de poderes deve ser entendida, fundamentalmente, como distribuição orgânica de funções (o Poder Legislativo ocupa-se, basicamente, das atividades legislativas, o Executivo da aplicação das leis, e o judiciário cuida, fundamentalmente, da atividade jurisdicional). O controle recíproco, a limitação e moderação do poder do Estado dele resultante não têm por escopo o enfraquecimento ou a incapacitação do Estado para o cumprimento de suas funções, mas visam, sobretudo, à proteção do indivíduo e à preservação de seus direitos e interesses no complexo emaranhado de normas e dos órgãos incumbidos de sua aplicação. Por isso, a Lei Fundamental pôde estabelecer exceções ao princípio da divisão de poderes. Porém, quando ameaçam a defesa dos cidadãos, essas atribuições ao princípio da divisão de poderes tornam-se inconstitucionais. Assim, deve-se exercer o controle das faculdades legislativas desempenhadas pelo Poder Executivo, procedendo-se à rigorosa aferição de sua compatibilidade com o parâmetro estabelecido no art. 80 da Lei Fundamental. Da mesma forma, não deve o Legislativo exercer, simultaneamente, atividades jurisdicionais.

1.8.4 A separação dos poderes nos dias atuais

Quando se fala atualmente do princípio da separação dos poderes, se quer dizer que prevalecem as “conexões recíprocas e controles mútuos” (CAPPELLETTI, 2001, p. 43) entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A ideia de controle, de fiscalização e de coordenação dos Poderes é o eixo em torno do qual, hoje, gira a reflexão sobre o mencionado princípio.

³⁴ Mendes, ainda traduzindo Kimminich

³⁵ Idem

O controle jurisdicional da legalidade dos atos da administração pública e o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis evidenciam, nesse contexto, a transformação da atuação do Poder Judiciário contrariando o sentido intuído por Montesquieu, que lecionava ser o Judiciário um poder subserviente e completamente distante da atividade dos órgãos políticos.

Não há dúvida de que o controle jurisdicional constitui o ponto central da reflexão sobre o princípio da separação dos poderes no Estado Democrático de Direito. Exemplos desta situação estão nas democracias brasileira, estadunidense, alemã e italiana³⁶, em que toda lei aprovada pode ser argüida do ponto de vista de sua constitucionalidade, por um órgão do Poder Judiciário, mais especificamente pelo juiz constitucional. Ressalte-se que na França o Poder Judiciário não alçou tal destaque, já que o exame da constitucionalidade se dá antes da entrada em vigor em lei, ainda quando projeto, por um Conselho Constitucional de natureza política.

Redimensionada, a separação dos poderes não se afasta da concepção de Estado Democrático de Direito; ao contrário, não existe país democrático que não possua este princípio em sua Constituição. Por tal razão, a separação dos poderes deve ser encarada como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político no interesse da paz e da liberdade, modificando-se, como tudo “no entre-os-homens” (ARENDDT, 1988, p. 24), de acordo com as condições históricas de cada povo.

A rigidez na aplicação da separação dos poderes, que consistia em Poderes sem conexões recíprocas e sem controle entre si, transformou-se; e o Poder Judiciário hoje é reconhecido como poder político, embora haja questionamentos sobre a sua legitimidade (CAPPELLETTI, 1999).

Partindo deste pressuposto, o Poder Judiciário passou a ter como função estabelecer o equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Executivo. O papel de equilíbrio exercido pelo Poder Judiciário, no caso de litígio entre os Poderes Legislativo e Executivo, deve-se concretizar com uma solução judicial para o impasse, traduzindo-se em vantagens recíprocas. Consistem essas vantagens

³⁶ A Corte Constitucional italiana manifesta-se como sendo um órgão legislativo que profere “decisões com as quais não só se eliminam normas, mas se criam de novo ou se transformam aquelas existentes, adverte ao legislador que proceda de um determinado modo, com a ameaça subentendida de anular a lei eventualmente disforme; e controla o bom senso de lei, que pode transformar-se em um refazimento integral da escolha operada em sede legislativa”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giurisdizione costituzionale*. In: AMATO, Giuliano; BARBERA, Augusto. *Manuale di diritto pubblico. L'organizzazione costituzionale*. V. II. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 1997. p. 513).

recíprocas na aplicação de uma reserva material de legislação, abrangendo os problemas socialmente mais críticos (VASCONCELOS, 1994).

A função de controle exercida pelo Poder Judiciário sobre os Poderes Legislativo e Executivo gera uma indagação mais concreta sobre o sentido atual das funções que estes Poderes desempenham no contexto do ordenamento constitucional (VASCONCELOS, 1994).

O Poder Legislativo desenvolveu ao longo da história uma relação singular com a sociedade. Cada parlamentar acaba por representar o círculo que o elegeu e funciona como uma espécie de provedor da demanda dos seus eleitores, de quem recebe inúmeras solicitações as quais procura responder como forma de manter o seu mandato (VASCONCELOS, 1994). Estes mesmos parlamentares atendem a setores organizados e grupos de interesses³⁷, que, na estrutura política brasileira, apóiam suas candidaturas financeiramente e que, em permuta ao apoio recebido, pressionam para obter privilégios. A vulnerabilidade destes parlamentares é um problema concreto e real, que se desencadeia num processo, muitas vezes, de corrupção. Embora tal fenômeno não aconteça somente no Brasil, é no Brasil que esse processo se torna mais evidente na medida em que a corrupção captura os membros do Legislativo com grande facilidade. Assim sendo, não se pode “virar as costas ao problema da influência real que os interesses organizados exercem, hoje, sobre as decisões políticas” (VASCONCELOS, 1994, p. 101).

O Poder Executivo, que seria o contrapeso na defesa da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político³⁸, principalmente no Brasil, padece do mesmo mal que acomete o Poder Legislativo, qual seja, a falta de uma autonomia política. Conseqüentemente, poderá haver também a submissão do Chefe do Poder Executivo aos mesmos grupos de interesses financiadores de campanhas eleitorais. A se notar ainda o verdadeiro negócio surgido da necessidade de o Chefe do Poder

³⁷ Os autores americanos usam preferencialmente “grupos de interesses” (*interest groups*) em lugar de “grupos de pressão” (*pressure groups*). Para David Truman, um grupo de interesse só se torna “grupo de interesse político” ou “grupo de pressão”, se tenta influenciar as decisões dos poderes públicos. Senão (caso de sindicato patronal limitando-se a disciplinar a profissão, regulamentando a atividade dos seus membros), permanece simples grupo de interesses. Vide Schwartzberg. Sociologia Política, ed. DIFEL S/A 1974. P. 617

³⁸ Conforme dispõe a Constituição de 1988, em seu art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.”

Executivo obter a maioria no Congresso Nacional para tocar as suas políticas de governo. Ali no Congresso Nacional funciona uma verdadeira “indústria de troca de favores” com o Executivo, partindo-se também para um loteamento de cargos no Executivo. Esses cargos são distribuídos aos parlamentares numa ruínosa forma de troca de poder por voto, a fim de se construir uma maioria no Congresso. Esse perverso sistema está consagrado no caso dos regimes presidencialistas.

Tendo como principal contexto a corrupção, nada obstante a dificuldade de outros matizes que se somam a ela é neste contexto que o papel do Poder Judiciário e, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal tem se sobressaído como guardião da Constituição. O papel do Supremo Tribunal Federal passa a ser fundamental no controle das ações dos Poderes Legislativo e Executivo, solucionando os litígios com a prioridade na efetiva aplicação dos direitos fundamentais, objetivo final da existência do Estado Democrático de Direito.

Não se quer com isto afirmar que o Poder Judiciário está imune às pressões políticas, aos grandes grupos econômicos e ao corporativismo; ou mesmo que os magistrados são pessoas não sujeitas ao cometimento de erros ou que não prevaricam. Para tanto já ensinava Hanna Arendt (2005. p. 216-217):

Talvez nada em nossa história tenha durado tão pouco quanto à confiança no poder, e nada tenha durado tanto quanto a desconfiança platônica e cristã em relação do seu espaço de aparência; e – finalmente, na era moderna – nada é mais difundido que a convicção de que “o poder corrompe”.

No entanto, dentre os Poderes do Estado o constituinte originário optou pelo Poder Judiciário, mais precisamente, pelo Supremo Tribunal Federal para ser o “garante” do conteúdo da Constituição³⁹, isto é, do cumprimento dos preceitos referentes aos direitos fundamentais.

³⁹ Como o Estado democrático de Direito está indissociavelmente ligado ao cumprimento dos direitos fundamentais, deve-se ter em mente que o Poder Judiciário, por meio da Jurisdição Constitucional, pode implementar estes direitos fundamentais, no caso de inefetividade da Constituição por parte daqueles poderes políticos que deveriam ter este objetivo e não o cumprem. Neste sentido, há o redimensionamento na clássica relação entre os poderes políticos, sendo o Poder judiciário uma alternativa para a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Portanto, adota-se a corrente substancialista da Constituição, capitaneada por autores como Mauro Cappelletti, Bruce Ackeman, L. H. Tribe, M. J. Perry, H. H. Wellington, em alguma medida por Dworkin, pelo menos na leitura que dele faz Robert Alexy, e no Brasil por juristas como Paulo Bonavides, Lenio Luiz Streck, Celso Antonio Bandeira de Mello, Ingo Wolfgang Sarlet, Gilberto Bercovi, Clèmerson Clève, José Luiz Bolzan de Moraes, Eros Grau, Fábio Comparato, entre outros, em contrapartida a corrente procedimentalista proposta por autores como Habermas, Garapon e Ely, que advogam a tese de que não pode haver a invasão da política e da sociedade pelo Direito. A corrente substancialista, segundo

Quando o Supremo Tribunal Federal age como garantidor da Constituição, atuando no equilíbrio e no controle dos demais Poderes, “respeita a separação dos poderes do Estado, pois o Estado deve ser entendido como um corpo único. Não no isolamento de órgãos, e, sim na especialização de funções” (MAXIMILIANO, 1929. p. 304), a função do Supremo Tribunal Federal, por meio do controle de constitucionalidade, é de concretização da Constituição. Esse controle poderia ser confundido com o papel de legislador positivo exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

1.9 A existência de dois poderes constituintes originários

Há quem entenda que o princípio da separação dos poderes não diz respeito à tripartição entre Executivo, Legislativo e Judiciário, mas sim à divisão entre o poder constituinte derivado e o poder constituinte originário. Nesse sentido, a separação dos poderes também deve ser analisada sob a perspectiva da existência de dois poderes constituintes originários e de um poder constituinte derivado.

Para Bonavides (2006), após a elaboração da Constituição, diversamente do que se costuma ensinar, surgem dois novos poderes constituintes: o constituinte derivado, no qual é garantido ao Poder Legislativo o poder de emenda do texto constitucional; e o segundo constituinte originário, que transforma, atualiza e rejuvenesce a Constituição, por meio das decisões dos Tribunais Constitucionais.

O Poder constituinte derivado, por estar expresso na Constituição, é declarado pelos juristas positivistas como único poder constituinte que se origina

Streck, configura “a Constituição como um constituir”, defendendo a tese de 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 as maiorias 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 em xeque, pois, o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política. [...] a Constituição estabelece as condições do agir político-estatal, a partir do pressuposto 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 partido 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) passa a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional”. (STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. Estudos jurídicos, v. 35, n. 95, set/dez. 2002).

após a elaboração da Constituição. No entanto, o poder constituinte derivado é repleto de imperfeições – limitações constitucionais explícitas ou implícitas, a que o ordinário fica sujeito -, “porquanto não pode mover além do círculo de restrições que lhe foram impostas pelo poder constituinte originário, autor da Constituição” (BONAVIDES, 2006, p. 186).

Mesmo tendo o poder constituinte derivado alcance limitado:

[..] sua função constituinte, não faltam juristas de renome, principalmente os mais afeiçoados ao poder, que vêem o poder constituinte derivado com legitimidade suficiente para fazer uma nova Constituição. Isso seria porém reconhecer-lhe, como entendem muitos constitucionalistas, a capacidade de elidir o fundamento de sua própria competência, derivada do poder maior que o gerou. Seria também na gravidade de uma crise convertê-lo em poder constituinte dos usurpadores. A Constituição que saísse de parlamento sem legitimidade para o exercício da função constituinte originária perpetuaria no poder a máquina de um sistema e seria o ato institucional de um Congresso, jamais a Constituição legítima de um povo. Uma Constituição outorgada fere a livre expressão da soberania que somente nasce da vontade popular. (BONAVIDES, 2006, p. 186-187).

Nesse sentido, o primeiro poder constituinte originário, para que a Constituição não padecesse do mal de ter um poder constituinte derivado “na gravidade de uma crise” convertido “em poder constituinte dos usurpadores”, e para que “a força normativa da realidade e do meio social, isto é, factilidade que transforma as Constituições e as rejuvenesce”, fosse concretizada, fixou nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito a regra de que os Tribunais Constitucionais são os defensores da Constituição.

Com isso, surge outro poder constituinte após a criação da Constituição, que, por ser consequência da realidade social em plena mutação, possui feição originária, não desamparando a Constituição depois de feita; antes, pelo contrário, a atualiza e a modifica, por meio das decisões dos Tribunais Constitucionais.

Bonavides (2006, p. 187) a respeito afirma que:

Não é o jurista profissional, de formação positivista, que descobre a variedade do poder constituinte em tela, senão aquele que, dotado de ampla visão sociológica, vislumbra nos acórdãos das cortes constitucionais o exercício de um tal poder constituinte, anônimo, silencioso, mas sumamente eficaz. Exercita-se por múltiplas vias. Fruto às vezes da função criativa dos juízes que interpretam a Constituição formal à luz de uma ‘compreensão prévia’, ele nasce impregnado de realidades existenciais, como os juristas da tópica excelentemente assinalaram em profundas reflexões de filosofia do direito. Manifesta-se também difusamente, fora dos tribunais, à margem do texto constitucional, com a mesma força normativa. Prende-se nesse caso a instâncias mais recuadas, familiaríssimas às Constituições costumeiras.

O poder constituinte derivado é consagrado pelos juristas, mas o segundo poder constituinte originário existe e deve também ser reconhecido, pois, mesmo silencioso e muitas vezes despercebido, não é menos eficaz em sua função normativa de defensor da Constituição. É, pois, por meio destes dois poderes constituintes que se efetivam as modificações constitucionais e é nessa perspectiva que a reformulação do princípio da separação dos poderes identifica o real papel que corresponde ao Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais.

2 AS FUNÇÕES DA JURISDIÇÃO

É importante definir as categorias de jurisdição e de justiça constitucional, uma vez que vários autores, e, inclusive, o próprio texto da Constituição de 1988, empregam o termo justiça constitucional como sinônimo de jurisdição constitucional.

Em Portugal, o termo justiça constitucional é regularmente utilizado com o mesmo sentido de jurisdição (MEDEIROS, 1999; MIRANDA, 2005). A lição de Rui Medeiros (1999) sobre a “justiça constitucional” ajusta-se perfeitamente com a situação brasileira, quando ensina que, em Portugal, o sistema de fiscalização da constitucionalidade não hesita em sublinhar que a justiça constitucional portuguesa se situa “na confluência de duas culturas jurídico-constitucionais diferentes: a da *judicial review of legislation*, dos Estados Unidos, e a da *Verfassungsgerichtsbarkeit*, da Áustria”. O que há de original no sistema português é que, em vez de optar por um dos sistemas de fiscalização jurisdicional acima referidos, a Constituição de 1976 conjugou os dois, integrando as potencialidades de um e de outro (MEDEIROS, 1999; MIRANDA, 2005).

Na Itália, o termo justiça constitucional é utilizado na maior parte das vezes com o significado de jurisdição constitucional (ADRIOLI, 1992; ZAGREBELSKY, 1977; CAPPELLETTI, 2001). Na obra de Zagrebelsky, a justiça constitucional é definida como “um tipo particular de defesa da Constituição” (ZAGREBELSKY, 1977, p. 14), que resolve as mais altas controvérsias políticas de um Estado Democrático, por meio de uma decisão judicial conforme com a Constituição. Em outra oportunidade, o autor afirma que a jurisdição constitucional deve ser o caminho escolhido para se chegar ao fim que é a justiça constitucional (ZAGREBELSKY, 1997).

Mauro Cappelletti (1992), por sua vez, identifica a jurisdição constitucional e a justiça constitucional com o controle de constitucionalidade das leis, que é realizado pelos órgãos judiciários, advertindo que esse controle representa um dos aspectos mais importantes da justiça constitucional.

Note-se que os doutrinadores citados ora utilizam-se do termo justiça constitucional para englobar a jurisdição constitucional, ora utilizam-se do termo

jurisdição constitucional para englobar a justiça constitucional. Assim sendo, o passo a seguir é estabelecer a definição desses institutos.

2.1 Conceito de justiça constitucional

O termo justiça não deve ser utilizado como sinônimo de prestação jurisdicional estatal, mas em seu verdadeiro significado, qual seja o de fim do direito. Norberto Bobbio identifica justiça com legalidade. Para Bobbio (1996) se diz justa a ação realizada em conformidade com a lei (não importando a sua natureza: se positiva ou natural).

Justo é o homem que observa habitualmente as leis, e justas são as próprias leis (por exemplo, as leis humanas) na medida em que correspondem a leis superiores, como as leis naturais ou divinas; o outro significado é, precisamente, o que identifica justiça com igualdade, pelo que se diz uma ação, justo um homem, justa uma lei que institui ou respeita, uma vez instituída, uma relação de igualdade (BOBBIO, 1996, p. 14)

Bobbio (1996) conclui que uma relação de igualdade é meta desejável na medida em que é considerada justa. Por justa se entende que tal relação tem a ver com uma ordem a instituir ou a restituir (uma vez abalada), com um ideal de harmonia das partes de um todo, entre outras coisas porque se considera que somente um todo ordenado tem a possibilidade de durar.

Quando se pensa nas decisões dos órgãos judiciários, não se concebem decisões arbitrárias, ou injustas, mas espera-se que os juízes decidam as causas, que lhes competem, segundo o conceito de justiça que emprega a legalidade e a igualdade.

Na resolução de conflitos de interesses, por meio de um órgão estatal e, mais ainda, quando se quer interpretar a Constituição, o juiz constitucional deve intermediar esta relação entre o público e o privado, entre o individual e o coletivo, de forma justa. Para Tocqueville (1977), os americanos e os ingleses descobriram que, quanto mais rápido for um processo e mais branda for a pena, mais verdadeira será a justiça.

É muito difícil reduzir o conceito de justiça das decisões a um único critério de justiça substancial⁴⁰, pois nem sempre a prestação jurisdicional é justa, na verdadeira acepção da palavra.

No ordenamento jurídico brasileiro, o que se verifica é a utilização do termo justiça como substituto de órgão do Poder Judiciário. Exemplo disto está no próprio Texto Constitucional em seus artigos. 96, III⁴¹; 98, § 1º⁴²; 105, I, “c”⁴³; 109, IX⁴⁴; 110, parágrafo único⁴⁵; e 114⁴⁶, entre outros. Portanto, equiparar órgão jurisdicional à justiça pode ser um equívoco. Além do que a justiça não está adstrita somente a um poder estatal, mas sim a todas as instituições. Utilizar o termo justiça constitucional como sinônimo de jurisdição constitucional pode causar uma dissonância no sentido do vocábulo justiça, como se pode ver na crítica de Perez Royo (1997, p. 645):

A justiça constitucional não é, pois, em sua origem, sintoma de boa saúde constitucional, senão pelo contrário. M. Cappelletti tem dito recentemente: “Parece que nenhum país europeu que saiu de alguma forma de regime não democrático ou de uma tensão interna importante pode encontrar melhor resposta à exigência de reagir contra demônios passados e possivelmente para impedir sua volta que introduzir a justiça constitucional em sua forma de governo”.

⁴⁰ A teoria da decisão justa estabelece que os três critérios criados para se ter uma decisão justa deverão ser combinados entre si, por meio de seus valores relativos. Os critérios são: “a) a exatidão da escolha e da interpretação da regra jurídica aplicável ao caso; b) a prova fidedigna dos fatos relevantes do caso; e c) o emprego de um procedimento válido e justo para se chegar à decisão.” (TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, giugno 1997, Anno LI, n. 2. p. 319.)

⁴¹ “Art. 96. Compete privativamente: [...] – aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.”

⁴² “Art. 98. [...] § 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.”

⁴³ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: [...] c) os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea a, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição. Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.”

⁴⁴ “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] IX – os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar.”

⁴⁵ “Art. 110. Cada Estado, bem como o Distrito Federal, constituirá uma seção judiciária que terá por sede a respectiva Capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei. Parágrafo único. Nos Territórios Federais, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juízes federais caberão aos juízes da justiça local, na forma da lei.”

⁴⁶ “Art. 114. Compete à Justiça do trabalho processar e julgar:”

Neste diapasão a justiça deve ser a primeira virtude das instituições⁴⁷, deve ser a obrigação de todos os poderes públicos e deve estar prevista na Constituição de qualquer Estado Democrático (ZAGREBELSKY, 1992), em razão de que:

Quem tem pensado a Constituição somente como ordenamento da justiça e não como ordenamento da liberdade tem invocado não uma Declaração de Direitos, mas uma Declaração de Deveres Constitucionais. Dizemos, então, que a vida coletiva, do ponto de vista do direito constitucional atual, não é somente o conjunto dos direitos individuais e dos atos de seu exercício, mas é também uma ordem objetiva correspondente à ideia impessoal de justiça que impõe deveres (ZAGREBELSKY, 1992, p. 126).

Dessa forma, a justiça constitucional é “um tipo particular de defesa da Constituição, reservando esta denominação à decisão judiciária das mais altas controvérsias políticas segundo a norma constitucional positiva” (ZAGREBELSKY, 1977, p. 14).

O termo justiça constitucional não deve ser substituído pelo termo jurídico constitucional, pois aquela é o resultado que se pretende obter pelos meios disponibilizados por esta última.

2.2 Conceito de jurisdição constitucional

Em perspectiva excessivamente restritiva, André Ramos Tavares (2005) define a jurisdição constitucional como a esfera de defesa da Constituição sob todos os seus aspectos, desde que seja operada por um tribunal (exercício de jurisdição) que tenha essa função exclusiva (eliminando desse conceito tribunais que desempenhem a jurisdição comum concomitantemente).

⁴⁷ John Rawls ensina que as instituições são sociais e fixa as mais importantes como sendo a Constituição política e os principais acordos econômicos. (RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 3). No presente trabalho, o termo instituição é mais abrangente: alcançando todas as entidades não só sociais, como políticas e jurídicas, inclusas na Carta Constitucional. Zagrebelsky ensina que à palavra instituição é atribuída uma gama vastíssima de significados, “mas, na linguagem comum, instituições são, grosso modo, os órgãos constitucionais. Assim e fala de crise da instituição, de instituição parlamentar ou de governo. Na linguagem antropológica, instituição indica alguma coisa como o produto social da cultura [...]” (ZAGREBELSKY, Gustavo. Essere delle istituzioni. Napoli: Editoriale Scientifica, 2005. p. 8).

Para Peter Häberle (1997, p. 28), a jurisdição é “um catalisador essencial, ainda que não o único, da ciência do direito constitucional como interpretação constitucional.”

A jurisdição constitucional⁴⁸, em verdade, seria um caminho para se chegar à justiça constitucional e está intrinsecamente relacionada a um órgão estatal. É, portanto, a forma processual como cada Estado trata, em seu ordenamento jurídico, da resolução de conflitos sobre a interpretação e aplicação da sua Constituição.

As funções da jurisdição constitucional foram sendo modificadas com o passar do tempo, mas, antes de tudo, o que se modificou foi a própria função jurisdicional vinculada ao Poder Judiciário; isto pode ter acontecido paralelamente à transformação do Estado e dos Poderes Legislativo e Executivo, tendo como um dos principais motivos o aumento do descrédito da população para com os seus representantes eleitos.

Na Europa, o Estado passou de patrocinador de assistência social a Estado administrativo⁴⁹, e isto causou um “crescente sentimento de desilusão e desconfiança” (CAPPELLETTI, 1999, p. 44-45) dos cidadãos para com os Parlamentos, em face de leis obsoletas, ineficazes e sem aplicação às finalidades sociais. Este fenômeno se configurou em todo o mundo ocidental e, aliado ao problema do Poder Executivo com sua aparelhagem administrativa burocrática e, por vezes, extremamente inoperante, também contribuiu para o crescimento do Poder Judiciário.

A máxima de que a legitimação democrática do legislador e do administrador decorre do fato de ambos terem sido escolhidos por meio de uma eleição pelo povo, expressando, como consequência, o império da lei estabelecida por este mesmo povo, no dias atuais é motivo de questionamento:

⁴⁸ “A jurisdição constitucional é conhecida em outros países com outras denominações, in verbis: Carl Schmitt em sua clássica monografia utilizou o termo ‘Defesa da Constituição’; entre os constitucionalistas franceses predominou o conceito ‘controle de constitucionalidade’, tanto que um setor de juristas italianos se refere à jurisdição constitucional ou ao processo constitucional; e, em um sentido parecido, os tratadistas alemães falam de *verfassungsgerichtsbarkeit* (jurisdição constitucional), enquanto entre os anglo-americanos se fala freqüentemente de *judicial review* (revisão judicial).” (ZAMUDIO, Hector Fix. Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965. 1. ed. México: Universidad autónoma de México, 1968. p. 12-13).

⁴⁹ O exemplo disto é o caso da França “em que a Constituição inspirada pelo general De Gaule, em fins de 1958, limitou a função legislativa do Parlamento às matérias enumeradas na própria Constituição, deixando todas as demais ao Poder ‘Regulamentar’ do Executivo, estabelecendo, dessa

[...] tornou-se extremamente longo e sutil o fio que une o voto dado pelo cidadão, para a eleição de membro do parlamento, com as numerosas decisões da autoridade pública, que exercem os seus efeitos sobre a esfera daquele cidadão; é necessária muita força de imaginação para pensar que tais decisões estejam baseadas numa lei que, no ápice, as tenha autorizado. Assim, o cidadão fica sempre mais em dúvida quanto à legitimação dessas decisões. E esta posição de dúvida é um fenômeno [...] que pode ser encontrado em todos os países industrializados do Ocidente. (CAPPELLETTI, 1999, p. 46).

Neste contexto, a decisão do juiz passou a ser transformadora, política e criadora de direito, pois influencia e fiscaliza os outros Poderes; em conseqüência, e tendo sempre em conta a função de garante da Constituição, o juiz pode ser discricionário, porém não arbitrário.

A Revolução Inglesa de 1688 limitou severamente o poder monárquico, criando o regime parlamentarista inglês e, conseqüentemente, a supremacia do Parlamento⁵⁰. Daí a total repulsa do controle judicial pelos franceses, em razão do abuso da função jurisdicional exercida pelas altas cortes no Antigo Regime, a história tem alçado a atribuição do Poder Judiciário também à função de rever atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, resultando, assim, na Constituição preconizada por Alexander Hamilton, que “deve ser respeitada pelos juízes, com uma lei fundamental [...] ou, em outras palavras, a Constituição deve ser preferida sobre as leis e a intenção do povo sobre a intenção de seus representantes” (HAMILTON, 1826, p. 435).

Assim sendo, a jurisdição constitucional, “longe de ser inerentemente antidemocrática e antimajoritária, emerge como instrumento central para escudar os princípios democráticos e majoritários contra o risco de corrupção” (CAPPELLETTI, 2001, p. 44) de todos os Poderes. Kelsen descreve a jurisdição constitucional quando esta “desempenha a função de uma proteção eficaz da minoria contra o avassalamento da maioria, cujo domínio somente é suportável na medida em que se exerce juridicamente” (ROYO, 1997, p. 646).

Para Hesse, a jurisdição constitucional está estruturada no equilíbrio dos poderes e:

forma, amplo poder autônomo deste, substancialmente legislativo.” (CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? p. 43).

⁵⁰ E como diz o provérbio, “o Parlamento pode fazer tudo, menos transformar um homem em mulher ou uma mulher em homem”.

[...] contribui para a conservação da coexistência de forças políticas diferentes, aproximadamente equilibradas, pela sua atividade que pressupõe a ordem constitucional da Lei Fundamental e que, simultaneamente, é condição fundamental de sua própria eficácia; e a Constituição escrita ganha na vida da coletividade um significado muito superior do que em uma ordem sem jurisdição constitucional – o papel que a Constituição, nomeadamente em seus direitos fundamentais, desempenha na vida da República Federal assenta-se, não em último lugar, nisto, que a questão da observância das vinculações jurídico-constitucionais sempre pode ser feita acessível à decisão do Tribunal Constitucional Federal (HESSE, 1998. p. 419-420).

2.3 A jurisdição constitucional como ideia de Estado de Direito

Cumprir a Constituição é obrigação de todos, preponderantemente de todos os poderes políticos⁵¹, enquanto proteger a ordem constitucional contra aqueles que a violam é dever dos órgãos estatais investidos da função de defensores da Constituição.

Não se deve confundir o cumprimento da Constituição com sua defesa, porque a Constituição não pode, por si só, realizar nada, embora ela possa impor tarefas (HESSE, 1998), cujo cumprimento depende dos poderes políticos e daqueles que compõem a sociedade. Tavares (1998, p. 20) dá alguns exemplos de cumprimento da Constituição, quais sejam:

[...] o Presidente, dentro de suas funções, quando realiza tratados internacionais, apenas cumpre a Constituição. Só em sentido latíssimo é que tal atividade poderia ser comprometida como de defesa da Constituição. Da mesma forma, o parlamento, quando promulga uma lei para dar cumprimento a uma disposição constitucional, está executando-a, e não atuando com seu defensor.

Como visto anteriormente, todos os poderes políticos devem agir em conformidade com a Constituição, “quer porque ela é fonte da produção normativa,

⁵¹ A jurisdição constitucional tem de decidir mais questões políticas e de alcance político do que outras jurisdições, uma vez que possui relações próximas com as funções de direção e configuração política. Hesse preleciona que as próprias decisões do Tribunal Constitucional “podem desdobrar efeitos políticos de alcance considerável. Elas podem avizinhar-se de uma decisão política, tanto mais que elas regularmente podem ser obtidas não sobre a base de normalização detalhadas, senão somente com base nos critérios amplos e indeterminados da Constituição. A realização dessas decisões, finalmente, está sujeita a condições completamente diferentes do que aquelas de outras decisões judiciais.” (HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, p. 420-421).

quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (superlegalidade material), que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os atos estaduais” (CANOTILHO, 2003, p. 784)

A tarefa de defesa da Constituição, no entanto, efetiva-se por meio da jurisdição constitucional, quando há o descumprimento das normas constitucionais, sendo esta atribuição expressa na maior parte das Constituições dos Estados Democráticos de Direito. Não se nega aqui o fato de que o chefe do Poder Executivo detenha também a função de defensor da Constituição, isto acontece quando ele veta lei que entenda inconstitucional, ou, ainda, quando determina a intervenção federal naqueles Estados que tenham desrespeitado a Constituição (normas sensíveis). O Poder Legislativo igualmente exerce a função de defender a Constituição, uma vez que na maior parte do mundo este órgão possui comissões especializadas para constatar a inconstitucionalidade e projetos de lei, prevalecendo aqui o controle preventivo da constitucionalidade (a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados e a Comissão de Justiça do Senado Federal, no caso brasileiro). Entretanto, é a jurisdição constitucional, em um Estado Democrático de Direito, que tem as funções de equilibrar e de controlar os poderes públicos quando estes descumprirem a Constituição, para a efetivação dos direitos fundamentais. Este mecanismo de controle jurisdicional se realiza para que a Constituição se mantenha íntegra em corpo e espírito, que são o corolário natural do princípio da supremacia constitucional. “Como vimos, motivos de ordem lógica fundamentam a existência de um mecanismo de controle e os pressupostos políticos, apesar de poderosos, não chegam a afetar os primeiros” (MELLO, 1968, p.63).

Cada Estado, dependendo da sua realidade histórica, detém um procedimento próprio, que configura um modelo para a função de controle das leis e atos normativos, não obstante ser esta função realizada na maior parte dos ordenamentos jurídicos por meio de um Tribunal ou Corte Constitucional.

Este fato é historicamente comprovado comparando-se os sistemas de controle de constitucionalidade na França e nos Estados Unidos da América.

No caso do ordenamento jurídico francês, a primeira Constituição nasceu em uma época em que a lei era concebida como expressão da vontade geral; a lei nunca poderia ser injusta, pois seria contrário à natureza humana querer oprimir-se a si mesma. O controle da constitucionalidade das leis era absolutamente inútil, uma

vez que se confiava no autocontrole do legislador, ao passo que a desconfiança no poder judicial o tornava inoportuno. Segundo Rosseau (1997), os juízes representavam uma ameaça à soberania popular, eis que “a vontade geral não se transmite” (ROSSEAU, 1997. p. 42).

Entre 1791, data do primeiro texto constitucional, e 1958, data da Constituição francesa atualmente em vigor, verificou-se uma sucessão de múltiplos textos constitucionais, que condicionaram a opinião pública a compreender as Constituições como textos precários. Inconcebível, portanto, a necessidade de um controle da constitucionalidade das leis realizado por juízes, que eram vistos como meros servidores das leis, incapazes de um juízo valorativo sobre a bondade de qualquer diploma, porque as Constituições estavam sempre em mutação, e as leis, pelo contrário, eram tendencialmente perenes (PALADIN, 1988). Somente nas primeiras décadas do século XX começou a discussão efetiva, no sistema francês, do controle de constitucionalidade das leis, contrastando com o sistema difuso criado pelos norte-americanos (BEARDSLEY, 1976).

Finalmente, em 1958, o Conselho Constitucional foi criado pela Constituição francesa, com o objetivo inicial de realizar um controle político para evitar um predomínio da vontade do Parlamento sobre a de todos os outros órgãos, defendendo, assim, principalmente, os interesses do Poder Executivo (MOREIRA, 1995). Essa missão inicial tem sofrido grandes modificações, pois o modelo escolhido, não de um verdadeiro Tribunal, mas antes de uma instituição *sui generis*, cujo modelo não se inspira em nenhum outro modelo⁵², acabou por se tornar um garantidor dos direitos e liberdades fundamentais, tantas vezes posto em causa pelas atividades de um Governo majoritário (BEARDSLEY, 1975; SCHWARTZ, 1966; BAUM, 1985). O temor da criação do Conselho Constitucional, por parte da sociedade francesa, de que sua instauração personificasse um governo de juízes, agravado pelo fato da contínua extensão de seus poderes, foi apaziguado em face da atitude de constante prudência com que este órgão se tem manifestado atitude

⁵² O Conselho Constitucional é formado por dois tipos de membros vitalícios. Alguns cargos são preenchidos por ex-Presidentes da República, enquanto os demais dependem da nomeação por uma das três mais altas autoridades do Estado: O Presidente da República, o Presidente do Senado e o Presidente da Assembléia Nacional. Cada uma dessas entidades designa três membros, visando-se com esta nomeação igualitária e tripartida a garantir a serenidade na escolha e o prestígio do Conselho. (MARQUES, Luiz Guilherme. A justiça na França. São Paulo: Editora de Direitos, 2001. p. 140).

esta de rigor e autolimitação, que vai retirando argumentos às vozes que se lhe opõem (BEARDSLEY, 1975, p. 195).

A realidade histórica francesa que criou esta sistemática híbrida é totalmente diversa da realidade histórica nos Estados Unidos da América. Desde a concepção do controle constitucional difuso, a Suprema Corte Americana resolve muitas das questões mais importantes e mais controversas do Governo, moldando sua política com ênfase, atualmente, nos direitos fundamentais (SCHWARTZ, 1966; BAUM, 1985). Dessa forma, a realidade histórica deve ser considerada com tarefa da pesquisa histórica “explicativa e, portanto, iluminadora da pressão que o passado deve exercer sobre o presente e o presente sobre o futuro” (CARDOZO, 1956, p. 28).

É certo que o sentido de controle está relacionado geralmente a “um pensamento negativo” (CANOTILHO, 2003, p. 785), qual seja o de dominação de um poder político sobre o outro. Mas o controle jurisdicional de constitucionalidade de leis e atos normativos se impõe sobre este pensamento negativo, uma vez demonstrada a necessidade histórica de um Tribunal ou Corte Constitucional promover o efetivo controle da conformidade do agir político com a Constituição.

2.3.1 O controle de constitucionalidade: sistema difuso de jurisdição constitucional

O sistema difuso de jurisdição constitucional concretiza-se no dever de todos os juízes, em um Estado Democrático de Direito, examinarem questões de direito constitucional.

O exemplo típico do sistema difuso da jurisdição constitucional é o dos Estados Unidos da América, em que todos os juízes⁵³, e os tribunais federais e

⁵³ Entende Cooley que um juiz inferior querer decidir a constitucionalidade de uma lei de um Estado ou de um País “é ridículo”, uma vez que, “se o tribunal perante o qual a questão se apresenta não é de última instância em relação à mesma, deve-se esperar que proceda com cautela e circunspeção, mais do que no comum, e que se abstenha, completamente, de declarar a nulidade de uma lei, a menor que se trate de casos de extraordinária clareza, e especialmente se, sem sério detrimento da justiça, a decisão puder ser retardada, até que o tribunal de categoria superior tenha ocasião de se pronunciar sobre o caso.” (COOLEY, Thomas. Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América, p. 143).

estaduais⁵⁴, podem manifestar-se sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo. A Suprema Corte Americana exerce, igualmente, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos na esfera federal, estadual e municipal.⁵⁵

É denominado sistema difuso de jurisdição constitucional justamente porque o Poder Judiciário atua na forma de diversos juízes espalhados por todo o território do Estado, titulares cada um deles do poder judicial, surgindo incidentalmente, na sua atividade jurisdicional, o controle da constitucionalidade de leis e atos normativos (ROYO, 1997).

Os efeitos de declaração de inconstitucionalidade no sistema difuso restringem-se ao caso concreto; portanto, não se trata efetivamente de uma declaração de inconstitucionalidade, mas sim de uma não-aplicação da lei ou ato normativo ao caso concreto.

Nos Estados Unidos da América, os efeitos das decisões dos juízes obedecem à regra *stare decisis* (“mantenham-se a decisão”), pelo fato de que a certeza do Direito e a segurança jurídica exigem que o juiz fique vinculado à regra que ele mesmo criou (precedentes) (LLORENTE, 1997). Todavia, esta vinculação pode não ser suficiente, na medida em que, se a regra *stare decisis* atuasse unicamente como vinculação de cada juiz a seus próprios precedentes, não haveria um ordenamento jurídico único, mas tantos quantos os juízes criadores de Direito.

Nesse caso é necessário que a jurisdição seja concebida como atuação de um poder único, de modo que a unidade do sistema requeira como condição *sine qua non* a existência de uma instância suprema cujas decisões devem ser aceitas como obrigatórias pelos demais juízes e tribunais, vinculando-os a todos.

⁵⁴ “Falando-se estritamente, é impreciso referir-se a um único sistema de tribunais nos Estados Unidos. Na realidade, os tribunais se dividem entre um sistema federal e um sistema em cada Estado. O sistema federal pode ser distinguido dos sistemas estaduais em termos de competência, do poder de julgar e decidir uma classe de casos.” (BAUM, Laurence. A Suprema Corte americana, p. 23). Ver também: STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 495; MAZILLI, Hugo N. O inquérito civil. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 323-324.

⁵⁵ “A Corte Suprema tem usado seu poder de revisão judicial com muito mais freqüência nos níveis estadual e municipal do que no nível federal. Uma medida da diferença é o número de leis declaradas inconstitucionais. No final de 1983, segundo uma estimativa, a Corte já havia revogado 1.088 leis estaduais e posturas municipais, sob o fundamento de que elas violavam diretamente a Constituição ou haviam sido suplantadas por leis federais revogado segundo o princípio constitucional de supremacia federal. Em contraste, é de lembrar-se, a Corte só havia revogado 114 leis federais.” (BAUM, Laurence. A Suprema Corte americana, p. 265).

Deduz-se daí que a eficácia vinculante das decisões da Suprema Corte encontra sua razão de ser nesta concepção unitária e hierárquica da jurisdição. Dessa forma, a vinculação do juiz norte-americano às decisões da Suprema Corte não é simples consequência da probabilidade de que, resolvendo-se de outro modo, sua decisão possa vir a ser revogada, mas exigência essencial da função jurisdicional concebida unitariamente. No sistema da *judicial review*, a Suprema Corte consiste no intérprete supremo da Constituição e suas decisões têm eficácia vinculante, desde que o caso concreto em julgamento se amolde aos parâmetros do precedente.

É importante assinalar que no sistema jurídico dos Estados Unidos da América a declaração de inconstitucionalidade não afeta o enunciado legal, mas somente a interpretação e a aplicação que dele se faz no caso concreto. Há aqui uma destacada diferença em relação ao sistema jurídico brasileiro: a declaração de inconstitucionalidade de lei, que não está normalmente na parte dispositiva da decisão, mas apenas em sua fundamentação, tem efeitos *erga omnes*, enquanto se trate de casos que podem ser considerados iguais pela ausência de elementos diferenciais relevantes.

Nesse sentido, as questões constitucionais estão sempre abertas a exame e é possível que quaisquer juízes ou tribunais possam opinar de maneira diferente sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo, sendo que a Suprema Corte é quem irá unificar os critérios de constitucionalidade (MENAUT, 1997). Mesmo assim, a Suprema Corte Americana não detém competência para analisar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo in abstracto, pois sua função judicial é limitada à resolução “de uma ação ou litígio real antes que as questões constitucionais possam ser judicialmente decididas” (SCHWARTZ, 1966, p. 188-189). Haverá aqui a desaplicação (suspensão) de lei e não sua invalidação (nulidade ou anulabilidade).

2.3.2 O controle de constitucionalidade: sistema concentrado de jurisdição constitucional

O sistema difuso da jurisdição constitucional atua de forma distinta do sistema concentrado, pois neste último a competência para dirimir as questões constitucionais é atribuída a um único Tribunal ou Corte Constitucional, não se exigindo a demonstração de ofensa a qualquer interesse particular.

No controle concentrado de constitucionalidade o juízo acerca da conformidade de lei ou ato normativo à Constituição é exercido “pelo órgão no vértice da estrutura jurisdicional de um Estado Democrático de Direito, ou por um órgão *ad hoc* que opera na via direta como garantidor da Constituição” (VERGOTTINI, 2001. p. 618). Trata-se de Tribunais ou Cortes Constitucionais, que acumulam também outras relevantes competências (VERGOTTINI, 2001). São órgãos formados principalmente por técnicos em direito, selecionados pelos titulares dos poderes políticos, existindo, neste caso, uma variação de escolha, conforme a previsão da Constituição de cada Estado Democrático de Direito.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no sistema concentrado de jurisdição constitucional consistem na invalidação (nulidade e anulação) de lei ou ato normativo, não no caso concreto, mas para todos os casos, isto é, atuando *erga omnes*.

2.3.2.1 O sistema concentrado austríaco

O exemplo típico do sistema concentrado é o austríaco, que deu origem a “uma nova concepção de controle de constitucionalidade” (MARTINS, 2001, p. 7), qual seja, o de atribuir a um único Tribunal Constitucional o controle constitucional dos atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Kelsen (2003), que colaborou com a redação da Constituição austríaca de 1920, estabeleceu, em seus artigos. 137-148, a centralização da revisão judicial da legislação numa corte especial, denominada de Corte Constitucional [*Verfassungsgerichtshof*], conferindo-lhe o poder de anular integralmente lei ou parcialmente dispositivo de lei que considerasse inconstitucional. Kelsen (2003) justifica a criação de uma Corte Constitucional como único órgão capaz de anular atos inconstitucionais, porque “a jurisdição constitucional é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções

estatais” (KELSEN, 2003, p. 123-124). E este órgão deve ser diferente do Parlamento, autor de lei, e “independente dele, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal” (KELSEN, 2003, p.150). Elucida, ainda, que:

Enquanto Corte Constitucional no sentido próprio da palavra, ou seja, com a função de proteger a Constituição, a Corte Constitucional decide sobre a inconstitucionalidade das leis, assumindo uma posição excepcional em face de todos outros tribunais e autoridades administrativas (KELSEN, 2003, p. 20).

Na Constituição austríaca de 1920, havia unicamente previsão do controle abstrato (direto) de constitucionalidade. Foi a partir da Constituição de 1929 que se introduziu o controle concreto de constitucionalidade, “relativo aos processos pendentes perante outros juízos ou Tribunais [...]. Conciliou-se, assim, o sistema de pendência judicial” (MARTINS; MENDES, 2001, p. 8).

Assim, existem dois tipos de efeitos nas decisões do Tribunal Constitucional austríaco: a) no controle abstrato, cuja anulação de lei confere eficácia *ex nunc* para a decisão de inconstitucionalidade e contar da publicação do julgado, salvo se for estabelecido prazo para a entrada em vigor da anulação, que não pode ser superior a um ano (MARTINS; MENDES, 2001); e b) no controle concreto, que, segundo Kelsen, provocava a anulação de lei, mas com efeito retroativo, isto é, *ex tunc*. O conceito de caso concreto “não se restringe ao processo que deu ensejo à pronúncia de inconstitucionalidade, abrangendo os demais processos pendentes perante a Corte por ocasião do julgamento” (MARTINS; MENDES, 2001, p. 13).

Os efeitos da decisão do Tribunal Constitucional austríaco que considera a lei anulada têm “o mesmo caráter de uma lei ab-rogatória. É um ato negativo de legislação, uma vez que a Constituição conferia à Corte Constitucional uma função legislativa, isto é, uma função em princípio reservada ao Parlamento [...]” (KELSEN, 2003, p.306).

Verifica-se que o sistema criado por Kelsen do controle concentrado de constitucionalidade realizado por um único Tribunal Constitucional estendeu-se em sua aplicação e também influenciou várias Constituições européias.

Fato é que os efeitos das decisões de inconstitucionalidade no sistema concentrado foram sendo modificados, pela própria jurisprudência dos Tribunais ou Cortes Constitucionais, em razão da premência de assuntos que possam afetar os direitos fundamentais previstos na Constituição. Em geral, foram atribuídas aos

Tribunais e Cortes Constitucionais a possibilidade da modulação dos efeitos nas decisões de inconstitucionalidade, a possibilidade de preencher as lacunas de lei, a possibilidade de interpretação conforme a Constituição e a possibilidade de o juiz constitucional, em constatando a deficiência ou a omissão de uma determinada situação prevista na lei, após o decurso de um prazo, fixar uma advertência ao legislador, para que supra a deficiência ou omissão, sob pena de não mais aceitá-la. Todas estas atribuições são impensáveis na teoria kelseniana e transformam o juiz constitucional não só em legislador negativo, mas também em legislador positivo.

Atualmente, mesmo no sistema austríaco, em que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade são, conforme Kelsen, de legislador negativo, o Tribunal Constitucional utiliza a interpretação conforme a Constituição, interpretação esta que possibilita tornar o juiz constitucional um legislador positivo, isto porque, “não raras vezes, o Tribunal rompe com esse papel de legislador negativo, estabelecendo a única interpretação compatível com o texto constitucional” (MARTINS; MENDES, 2001, p. 13).

2.3.2.2 O controle abstrato e o controle difuso na Alemanha

O ordenamento jurídico alemão consagra tanto o controle abstrato quanto o difuso de constitucionalidade, tendo como característica fundamental relativa à jurisdição constitucional o monopólio decisório do Tribunal Constitucional Federal, no sentido de que somente a este é permitido o poder de declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal (MORAES, 2003). Encontra-se o controle de constitucionalidade de leis na Alemanha inserido no sistema concentrado, porque o Tribunal Constitucional não constitui uma nova instância no complexo das jurisdições ordinárias. Desempenha uma função especial – a jurisdição constitucional. Não atua como instância de revisão ou como “um super tribunal de revisão, destinado a examinar a legitimidade dos julgados de Tribunais inferiores” (MENDES, 2004. p. 140).

Além disso, o art. 93, da Lei Fundamental, determina que ao Tribunal Constitucional compete:

O julgamento de questões, no caso de divergências de opinião ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal com a Lei Fundamental, ou da compatibilidade de uma legislação estadual com outras leis federais, quando o solicitarem o Governo Federal, um Governo Estadual, ou um terço dos membros do Parlamento Federal (MORAES, 2003, 166).

No controle concreto de normas os Tribunais comuns devem suspender os processos pendentes, conforme determina o art. 100, da Lei Fundamental, e submeter a questão constitucional ao Tribunal Constitucional “se considerarem inconstitucional lei relevante para a decisão do caso concreto” (MENDES, 2004. p. 15).

As previsões constitucionais da República alemã consagram a concentração da competência jurisdicional constitucional em um único Tribunal, de modo que somente este tem o poder de declarar a cessação da vigência de uma norma incompatível com a Lei Fundamental.

Rui Medeiros (1999) entende que a jurisprudência constitucional e a doutrina dominantes consideram que o Tribunal Constitucional alemão “intervém nos processos de fiscalização concreta, não já como guardião da Constituição, mas como defensor do legislador parlamentar” (MEDEIROS, 1999, p. 21). O controle de constitucionalidade concreto do direito alemão não possui uma desconfiança no Poder Legislativo. Existe contrariamente ao que se vislumbra no sistema brasileiro, uma confiança no legislador, aceitando-se inclusive certa presunção de constitucionalidade das leis. Dessa forma, mesmo se conhecendo a teoria de Medeiros⁵⁶ de que nos chamados sistemas de controle concentrado de constitucionalidade abundam elementos difusos, como são os casos da Alemanha e da Itália, opta-se por inserir estes dois sistemas no sistema concentrado. Streck, sobre a questão, corrobora este entendimento⁵⁷, quando afirma que as decisões do Tribunal Constitucional:

⁵⁶ “À especial autoridade do legislador opõe a Constituição alemã a correspondente autoridade do Tribunal Constitucional Federal; em contrapartida, as inconstitucionalidades cometidas por outros órgãos do Estado ou pelas entidades públicas em geral podem ser controladas incidentalmente pelos tribunais em geral.” (MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade, p. 18).

⁵⁷ “A questão acerca da constitucionalidade pode ser posta diretamente ao Tribunal Constitucional ou através da remessa per saltum feita pelos demais tribunais. O Tribunal alemão, a exemplo do Tribunal Constitucional de Portugal, atua como corte de cassação, cabendo ao tribunal de origem julgar o caso concreto de acordo com a questão constitucional decidida pelo Bundesverfassungsgericht. Muito embora a possibilidade de os tribunais comuns serem competentes para apreciar, em primeira instância, a inconstitucionalidade de normas dos Lander, não podem estes proferir decisão sem que seja conhecido o acórdão pertinente do Tribunal Constitucional. Tal circunstância, entretanto, não permite afirmar que haja, por isso, a admissão de um verdadeiro processo de fiscalização concreta da constitucionalidade pelos tribunais ordinários, porque, ao

Refletem uma grande influência na vida política da República alemã. A influência de suas decisões repercute não só nas questões a ele submetidas, mas também os parlamentares, no curso do processo de elaboração das leis, se orientam de acordo com o entendimento esposado pelo Tribunal em outras decisões (*apud* MENDES, 2004, p.13).

2.3.2.3 O controle concentrado italiano

O art. 134, da Constituição italiana⁵⁸, concede ao Tribunal Constitucional a realização do controle concentrado de constitucionalidade. Igualmente, o art. 28, da Lei n. 8 de 11 de março de 1953, que regula a Constituição e o funcionamento da Corte Constitucional, determina que: “O controle de legitimidade da Corte Constitucional sobre uma lei ou um ato com força de lei exclui toda valoração de natureza política e toda a fiscalização sobre o uso do poder discricionário do Parlamento”.

No sistema italiano de controle concentrado, a verificação da constitucionalidade pode ser efetivada de modo direto, por meio do juízo de legitimidade constitucional na via de exceção. Na via principal, o juízo é promovido: 1) por uma Região que alega ter uma lei do Estado ou de uma outra Região invadido sua esfera de competência; e 2) pelo Estado que julga ter uma lei regional excedido a competência da Região (VARI, 2006).

Na via incidental, o juízo, pelo contrário, é promovido por um juiz ordinário ou especial, que, no caso de uma controvérsia que haja sob sua jurisdição, duvide da legitimidade constitucional da lei que deva aplicar no caso em exame. Em razão disso, suspende-se o processo perante o juiz *a quo* e encaminha-se para o Tribunal Constitucional a causa para decidir sobre a constitucionalidade da lei (VERGOTTINI, 2001; MUSSO, 1992; MARTINES, 1990). Antes de ser encaminhado o processo ao Tribunal Constitucional, o juízo *a quo* deverá: a) analisar a relevância da questão

contrário do previsto no sistema português, os mesmos tribunais não podem decidir sozinhos acerca da aplicação da norma que entendem constitucional..” (STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica , p. 359).

⁵⁸ Constituição italiana – “Art. 134. A Corte Constitucional jurídica: sobre as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos com força de lei, do Estado e das Regiões; sobre os conflitos de atribuições entre os poderes do Estado e sobre aqueles entre o Estado e a Regiões, e

incidental, ou seja, o juiz deverá examinar se a questão foi levantada na confrontação de uma lei ou ato equiparado que se julga relevante para poder definir o juízo. Tal lei diz respeito, na maior parte dos casos, ao mérito da controvérsia, mas pode também dizer respeito a uma questão meramente processual ou a de uma ação secundária. Se o juiz *a quo* entender que a questão diz respeito a uma lei que não julga aplicável, no caso concreto, para a definição da controvérsia sujeita ao seu exame, ou seja, não entender relevante a questão para decidir o caso, a rejeitará e continuará o seu juízo (MARTINES, 1990). Assim é que decide a jurisprudência do Tribunal Constitucional: “A questão incidental argüida é relevante quando existe uma relação de instrumentalidade necessária entre a resolução da questão e a decisão do juízo principal, isto é, este último não pode se manifestar sem antes decidir a questão incidental”⁵⁹; e b) após examinar a relevância da questão, o juiz deverá averiguar sobre a não manifesta falta de fundamentação da questão incidental. A letra da lei é muito clara e não pode dar lugar a equívocos. A chave para a exata compreensão é dada pelo advérbio manifestamente.

Cabe unicamente ao juiz *a quo* examinar se a questão não é manifestamente infundada. Evidente que, se o juiz resolve desaplicar a lei e submeter a questão de legitimidade constitucional ao Tribunal Constitucional, então havia dúvida sobre sua contrariedade à Constituição. O que significa dizer que o juiz deverá rejeitar a questão quando evidentemente, *prima facie*, se abstém a questão de todo fundamento jurídico; e deverá acolhê-la quando, ao contrário, há a falta de fundamentação. Tanto na via direta, quanto na via principal, portanto, não cabe ao juiz *a quo* o juízo sobre a legitimidade constitucional da lei, mas à Corte Constitucional; no entanto, cabe ao juiz *a quo* suspender o juízo em curso e remeter a decisão ao Tribunal Constitucional (MARTINES, 1990). A questão de legitimidade de constitucionalidade tem como objetivo verificar a constitucionalidade e o alcance da lei perante a valoração do Tribunal Constitucional, que ainda analisará a lei perante todo ordenamento jurídico, transpondo os interesses efetivos das partes que eram inicialmente presentes no juízo *a quo*. Isto explica por que a presença do juiz *a quo* no processo perante a Corte não é indispensável (VERGOTTINI, 2001; VARI, 2006; MUSSO, 1992; MARTINES, 1990).

entre as Regiões; sobre à acusação promovida contra o Presidente da República, a norma da Constituição.”

No sistema concentrado, a atuação do juiz constitucional pode ser bastante diversificada: a) no primeiro momento o juiz constitucional pode atuar como legislador negativo, declarando a inconstitucionalidade de lei tão-somente, de acordo com a concepção de Kelsen adotada pela Corte Constitucional austríaca e, posteriormente, pelas Constituições européias, e b) no segundo momento, pode também atuar como legislador positivo, conforme a moderna jurisprudência das Cortes Constitucionais da Itália, da Alemanha e da própria Áustria. Este segundo momento de atuação do juiz constitucional está a influenciar não só o sistema concentrado, como também o sistema difuso, nos Estados Unidos⁶⁰, e o sistema misto, no Brasil.

2.3.3 O sistema misto de jurisdição constitucional: o caso português

O sistema misto de jurisdição constitucional consiste em utilizar o sistema difuso e o sistema concentrado de jurisdição constitucional conjuntamente, como forma de controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo.

O controle de constitucionalidade português caracteriza-se por um “sistema misto complexo” (CANOTILHO, 2003, p. 917). Subdivide-se em: controle difuso e abstrato de constitucionalidade de leis.

⁵⁹ Sentença n. 49/83. Juiz Presidente: Elia, Juiz Relator: Gallo E., decisão de 28.1.83, publicada em 10.3.83. Disponível em: < www.cortecostituzionale.it >. Acesso em: 10 jan. 2010.

⁶⁰ Mendes, acerca do assunto, registra: “[...] O modelo americano – restrito ao caso concreto – não se afigura compatível, em princípio, com essas novas técnicas de decisão. Todavia, em tempos mais recentes, pode-se identificar, nos Estados Unidos, a tendência da jurisprudência dos tribunais inferiores no sentido de não se limitar a proferir a cassação das providências pelo Executivo ou pelo Legislativo, mas também de impor-lhes obrigações positivas. Caso as autoridades legislativas ou administrativas não cumpram o estabelecido no julgado, os tribunais podem assumir a responsabilidade pela execução do julgado. Em jurisprudência, considerada como um dos mais interessantes desenvolvimentos do Direito Constitucional dos Estados Unidos dos últimos tempos, começou com o esforço para superar a segregação racial das escolas a partir da decisão proferida pela Suprema Corte em *Brown VS. Board of Education* 347 US 483 (1954) e 439 US 294 (1955) e teve continuidade em outras decisões que exigiam ou determinavam a concretização de reformas em presídios e instituições psiquiátricas (v. *Bounds et. al. VS. Smith et. al.* 430 US 817; reproduzido, parcialmente, in: *Euroäischen Grundrechtzechrift*, 1977, pp. 509 s.) (cf. A propósito, Seibert, Helga, *Der Supreme Court und sein Verhältnis zu den anderen Staatsgewalten. Bericht über Vortrags- und Diskussionsabend der Deutschamerikanischen Juristenvereinigung, Europäische Grundrechtszeitschrift*, 1978, p. 384 (386).” (MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador – *Appellentscheidung* – na prática da Corte Constitucional Federal alemã. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília, ano 45, n. 179, jan./jun./1992. Nota de rodapé n. 4, p. 83).

Diferentemente do que ocorre em outros Estados Democráticos de Direito que optaram pela criação de um Tribunal Constitucional, em Portugal, o controle difuso persiste e está assegurado nos artigos. 204⁶¹ e 277⁶², da Constituição portuguesa. A competência portuguesa para efetivar o controle de constitucionalidade das leis “continua a ser reconhecida a todos os tribunais – judiciais, administrativos, fiscais (...) – que, quer por impugnação das partes, quer *ex officio*, pelo juiz ou ministério público, julgam e decidem a questão da inconstitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto submetido à decisão judicial” (MEDEIROS, 1999, p.17).

No sistema português:

[...] não se consagra o modelo puro de *judicial review* porque, como se salientará em seguida, existe também entre nós um sistema concentrado; (2) não se consagra um sistema de mero incidente de inconstitucionalidade, porque os tribunais têm acesso direto à Constituição, com competência plena para decidir, e não apenas para apreciar e admitir o incidente, remetendo, como acontece em alguns sistemas – alemão italiano -, a decisão para o Tribunal Constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 917).⁶³

O Tribunal Constitucional português procede ao controle abstrato das leis, previsto no art. 281⁶⁴, da Constituição portuguesa, para apreciar e declarar com força obrigatória geral

⁶¹ Constituição portuguesa – “Art. 204. Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.”

⁶² Constituição portuguesa – “Art. 277. 1. São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados. 2. A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.”

⁶³ Ver também: MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade, p. 17.

⁶⁴ Constituição portuguesa – “Art. 281. 1. 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 autónoma; d) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados nos seus estatutos. 2. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, com força obrigatória geral: a) O Presidente da República; b) O Presidente da Assembleia da República; c) O Primeiro-Ministro; d) O Provedor de Justiça; e) O Procurador-Geral da República; f) Um décimo dos Deputados à Assembleia da República; g) Os Representantes da República, as Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes das Assembleias legislativas das regiões autónomas, os presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respectiva Assembleia Legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou a pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respectivo estatuto. 3. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de

[...] a inconstitucionalidade de quaisquer normas; a ilegalidade de quaisquer normas constantes de ato legislativo, com fundamento em violação de lei com valor reforçado; a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República; a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados em estatuto (MORAES, 2003, p. 192).

Esse Tribunal Constitucional atua da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal, defendendo a Constituição “relativamente ao legislador e como órgão de garantia da hierarquia da ordem constitucional” (CANOTILHO, 2003, p. 918).

2.3.3.1 O sistema misto de controle no Brasil: histórico

O Brasil adota desde a Emenda Constitucional n. 16/65, o sistema misto de controle de constitucionalidade, em que convivem harmoniosamente o sistema difuso e o sistema concentrado.

O controle judicial de constitucionalidade no Brasil foi implementado após a proclamação da República⁶⁵, por meio do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, pelo qual o governo provisório organizou o Poder Judiciário Federal, sobre as mesmas bases e com a mesma orientação que prevaleceu na Constituição de 1891.

a) Constituição de 1891

Com a Constituição de 1891, consolidou-se a criação do Supremo Tribunal Federal (art. 55)⁶⁶ e do sistema difuso de controle de constitucionalidade de lei ou

qualquer norma, desde que tenha sido por ela julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.”

⁶⁵ “Proclamada à República, urgia dar forma jurídica ao novo regime, o que, evidentemente, não fora (nem poderia ter sido) obtido pelo Decreto n. 1, de 15.11.1889. Havia a corrente ditatorialista, que julgava suficiente a expedição de um texto legal aprovado pelo Governo. Com base no preâmbulo da Constituição de 1824 – ‘tendo-nos requerido os povos deste Império juntos em câmaras’ -, havia os que se contentavam com a sanção pelas câmaras ou comarcas de ordem jurídica implantada a 15 de novembro. Havia, por fim, a corrente liberal, felizmente dominante, e na qual Rui Barbosa teve papel dos mais destacados, que exigia a aprovação do novo modelo político pelo povo, representado num Congresso ou Assembléia Constituinte.” (LACOMBE, Américo Jacobina. Apresentação. In: BARBOSA, Rui. Rui Barbosa e a Constituição de 1891. Rio de Janeiro: Fundação casa de Rui Barbosa, 1985, SP).

⁶⁶ Constituição de 1891 – “Art. 55. O poder judiciário da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na capital da República e tantos juizes e tribunais federais, distribuídos pelo país, quantos o Congresso criar.”

ato do poder político (art. 59, § 1º, a e b).⁶⁷ O Poder Judiciário, por meio da criação da jurisdição constitucional, não era mais:

[...] um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de verificar se elas são conformes ou não à Constituição, e neste último caso cabe-lhe declarar que elas são nulas e sem efeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa. É a vontade absoluta das assembleias legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se hão extinguindo as doutrinas do arbítrio soberano do Poder Executivo. [...] De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão (SALES, 2002. p. 222).

Assim, o Poder Judiciário não possuía apenas uma jurisdição pura e simplesmente restrita à aplicação das leis nas múltiplas relações do direito privado, como na Constituição de 1824 (art. 151)⁶⁸, cujo Poder Legislativo era competente para “fazer leis, interpretá-la, suspendê-la e revogá-la”, bem como para “velar na guarda da Constituição” (art. 15, VIII, IX).⁶⁹

É interessante frisar que a Constituição de 1891 contou com a fundamental colaboração de Rui Barbosa, não só na criação, como também na interpretação do texto constitucional, por ser conhecedor da jurisdição constitucional norte-americana.

Como ensinou Rui Barbosa (2003), a Constituição de 1891 é mais explícita sobre o sistema difuso do controle de constitucionalidade das leis do que a própria Constituição norte-americana, que foi sua fonte de inspiração. Sobre o assunto, escreveu:

⁶⁷ Constituição de 1891 – “Art. 59. [...] § 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.”

⁶⁸ Constituição de 1824 – “Art. 151. O Poder Judicial é independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quais terão lugar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinaram.”

⁶⁹ Constituição de 1824 – “Art. 15. É da atribuição da Assembléa Geral: [...] VIII. Fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las, e revogá-las; IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação.”

Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que ‘compete aos juízes ou tribunais federais, processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundarem a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal (art. 60, a)’. Como, ainda, que ‘das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela’ (art. 59, § 1º, a). A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem às razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou outra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-la, ou desapplicá-las, segundo esse critério (BARBOSA, 2003, p. 52-53).

Na Constituição de 1891, consagrou:

A contratação dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Judiciário. Sem este recurso, sustentava ele, o presidencialismo tornar-se-ia o mais tirânico dos sistemas, com a agravante de substituir a responsabilidade moral e perpétua das famílias reinantes pela irresponsabilidade de ditadores transitórios de quatro anos. Os artigos que determinavam este controle (termo que ele repudiava como bom purista, e ao qual preferia sempre o bom português: contraste) passaram praticamente intactos pelas discussões da Constituinte, talvez não percebia das repercussões que teriam tais princípios. E, no entanto, estava neste ponto a chave do sistema. O antigo conhecedor profundo da técnica parlamentarista não criaria uma ‘tirania temporária’, como se chamou o presidencialismo, sem equilibrá-la com o judiciarismo (*apud* LACOMBE, 1891).⁷⁰

Com essas especificidades, o sistema difuso de controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo foi reiterado pela Constituição de 1934 (art. 76, III, b e c)⁷¹, pela Constituição de 1937 (art. 101, III, b e c)⁷², pela

⁷⁰ LACOMBE, Américo Jacobina. Apresentação. In: BARBOSA, Rui. Rui Barbosa e a Constituição de 1891, s/p.

⁷¹ Constituição de 1934 – “Art. 76. À Corte Suprema compete julgar: [...] III – em recurso extraordinário: a) as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar a aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada.”

⁷² Constituição de 1937 – “Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] III – julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: [...] b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou ato impugnado.”

Constituição de 1946 (art. 101, III, a, b, c)⁷³, pela Constituição de 1967 (art. 114, III, a, b, c)⁷⁴ e perdura até hoje na Constituição de 1988 (art. 102, III, a, b, c)⁷⁵.

b) Constituição de 1934 – o sistema concentrado conjuga-se com o sistema difuso

Não obstante, foi com a Constituição de 1934 que o sistema concentrado concreto foi conjugado com o sistema difuso. Isto se deu com a criação da chamada representação interventiva. A regra era a da não-intervenção da União nos Estados; no entanto, por meio da representação interventiva, cuja provocação era feita pelo Procurador-Geral da República, o Supremo Tribunal Federal tomava conhecimento da lei de iniciativa do Senado Federal que obrigava a intervenção da União nos Estados, por infringência aos princípios constitucionais ou princípios sensíveis, denominação formulada por Mendes (2004)⁷⁶, estabelecidos no art. 7º, I, "a" a "h"⁷⁷. Assim, a intervenção nos Estados somente se concretizaria se a Corte Suprema determinasse a constitucionalidade da referida lei (art. 12, V, § 2º⁷⁸ c/c art. 41, §

⁷³ Constituição de 1946 – “Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...] III – julgar em recurso extraordinário 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 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.”

⁷⁴ Constituição de 1967 – “Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal: [...] III – julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de Governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal.”

⁷⁵ Constituição de 1988 – “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.”

⁷⁶ Ver também: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade, p. 44.

⁷⁷ Constituição de 1934 – “Art. 7º. Compete privativamente aos Estados: I – decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: a) foram republicana representativa; b) independência e coordenação de poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida à reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões.”

⁷⁸ Constituição de 1934 – “Art. 12. A União não intervirá em negócios peculiares aos estados, salvo: [...] V – para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h, do art. 7º, n. I, e a execução das leis federais. [...] § 2º Ocorrendo o primeiro caso no n. V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.”

3^{o79}). A representação interventiva é também conhecida por “declaração de inconstitucionalidade para evitar intervenção” (MARTINS; MENDES, 2001, p. 13).

No âmbito do controle difuso, a Constituição de 1934 determinou que, somente pela “maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público” (art. 179).

Além dessas medidas, a Constituição de 1934 criou a competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato normativo, deliberação ou regulamento, quando declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, IV).

c) Constituição de 1937 – o poder de controle nas mãos do Presidente

O caráter autoritário e centralizador da Carta de 10 de novembro de 1937, outorgada por Getúlio Vargas em momento extremo da política nacional, foi avesso ao controle da constitucionalidade das leis, mesmo porque durante sua vigência não se elegeram os integrantes do Parlamento, ficando autorizado o Chefe do Executivo a dispor sobre todas as matérias, inclusive emendas constitucionais, por meio de decretos-leis⁸⁰.

Embora o controle difuso tenha sido reiterado pela Constituição de 1937, em seu art. 101, II, b e c (MARTINS; MENDES, 2001, p. 27), em contrapartida a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República, efetivada pelos tribunais, por maioria de seus membros, perdeu muito de sua significação. Isto porque o Presidente da República poderia considerar a medida tida por inconstitucional necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta e, como tal fundamentação, submetê-la novamente ao exame do Parlamento. Se o Parlamento a confirmasse por dois terços de votos

⁷⁹ Constituição de 1934 – “Art. 41. [...] § 3º Compete exclusivamente ao Senado Federal a iniciativa das leis sobre intervenção federal, e, em geral das que interessem determinadamente a um ou mais Estados.”

⁸⁰ Mesmo que a Constituição de 1937 tivesse sido aprovada pelo povo, ainda assim não seria admissível que o Presidente da República pudesse, na falta de um Parlamento instalado, expedir, sob a forma de decretos-leis, reformas constitucionais. E esta é com certeza a mais aterradora consequência da doutrina constitucional do regime. As leis constitucionais, que emendaram a Constituição de 1937, foram expedidas com base na prerrogativa transitória concedida ao Presidente da República, expressa no art. 180: “Expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União, enquanto não se reunir o Parlamento Nacional.” (PORTO, Walter Costa. Constituições brasileiras. V. IV. 1937. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 57).

em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão judicial, conforme o art. 96, parágrafo único⁸¹.

d) Constituição de 1946

A Constituição de 18 de setembro de 1946 reinstala a tradição do controle judicial no direito brasileiro.

Atribuiu-se também novo contexto à representação interventiva, criada pela Constituição de 1934. Além da titularidade da representação concedida ao Procurador-Geral da República para que se concretizasse a intervenção federal por violação dos princípios constitucionais estabelecidos no art. 7º, VII, "a" a "g", da Constituição de 1946⁸², a declaração da inconstitucionalidade de lei federal, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, determinaria a intervenção federal (art. 8º, parágrafo único, da Constituição de 1946)⁸³.

e) Emenda Constitucional n. 16/65 – controle abstrato de normas

Com a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, criou-se, ao lado da representação interventiva do sistema concentrado concreto de constitucionalidade, “um sistema de controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal, destinado à aferição da constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais” (MENDES, 2004, p. 64). A Emenda Constitucional n. 16/65, art. 2º, alterou a redação do art. 101, I, k, da Constituição de 1946, incluindo na competência do Supremo Tribunal Federal o seguinte texto: “k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República. “Este novo processo distinguia-se da representação interventiva, pois se destinava “à defesa geral da Constituição contra as leis inconstitucionais” (MENDES, 2004, p. 65).

⁸¹ Constituição de 1937 – “Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República. Parágrafo único. No caso de se declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

⁸² Constituição de 1946 – “Art. 7º O governo federal não intervirá nos Estados salvo para: VII – assegurar a observância dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição de reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário.”

⁸³ Constituição de 1946 – “Art. 8º [...] Parágrafo único. No caso do n. VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.”

Também na Emenda Constitucional n. 16/65, em seu art. 19, foi acrescido ao art. 124, da Constituição de 1946, que fixava a competência dos Estados em organizar o seu Poder Judiciário, o inciso XIII: “A lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado”.

f) Constituição de 1967

Na Constituição de 1967, não houve grandes modificações na estrutura do controle de constitucionalidade do país. Até este momento havia a utilização do sistema difuso de constitucionalidade com maior freqüência do que o sistema concentrado.

g) Constituição de 1988 – reiteração do sistema misto de controle

Com a Constituição de 1988, foi reiterado o sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, compatibilizando o sistema difuso e o sistema concentrado de constitucionalidade.

Importa frisar que, desde a Constituição de 1988, com a Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, e com a publicação da Lei n. 9.868/99⁸⁴ e da Lei n. 9.882/99⁸⁵, o sistema de controle concentrado abstrato de constitucionalidade teve estendida sua atuação, pois ampliados os legitimados na ação direta de inconstitucionalidade e os meios de acesso ao Supremo Tribunal Federal.

Na Constituição de 1967 (art. 114), o único legitimado para propor a representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, no Supremo Tribunal Federal, era o Procurador-Geral da República.

Já na Constituição de 1988, art. 103, I a IX, com a nova redação dada pela emenda n. 45/04, os legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal ampliaram-se e constituem-se: no Presidente da República; na Mesa do Senado Federal; na Mesa da Câmara dos Deputados; na Mesa de Assembléia Legislativa ou na Câmara Legislativa do Distrito Federal; no Governador de Estado ou do Distrito Federal; no Procurador-Geral da República; no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; no partido político com

⁸⁴ Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

representação no Congresso Nacional; e na confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Os meios de acesso ao Supremo Tribunal Federal no controle concentrado abstrato de constitucionalidade, como dito, também se ampliaram, desde a Constituição de 1988 com a criação da ação direta de inconstitucionalidade, a argüição de descumprimento de preceito fundamental, prevista, inicialmente e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

⁸⁵ Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102, da Constituição Federal.

3 FUNÇÕES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EXERCIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, que está no vértice da estrutura judiciária brasileira, exerce o controle dos demais Poderes, por meio de investigação de constitucionalidade das leis e atos normativos, detendo, assim, atribuições de verdadeiro Tribunal Constitucional. No sistema misto de controle da constitucionalidade existente no ordenamento brasileiro, a função precípua do Supremo Tribunal Federal é a de guardião da Constituição Federal (art. 102, caput, da Constituição de 1988⁸⁶).

Sabe-se que o controle de constitucionalidade pode ser realizado por um Tribunal Constitucional propriamente dito, independente e autônomo do Poder Judiciário, como ocorre, por exemplo, na Áustria⁸⁷, na Alemanha⁸⁸, na Itália⁸⁹ e em

⁸⁶ Constituição de 1988: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]”.

⁸⁷ A Constituição austríaca de 1929 foi restabelecida pela Lei Constitucional de 01/05/1945, consagrando o Tribunal Constitucional, em sua parte VI (Garantias da Constituição e da Administração), letra c, independente e autônomo em relação aos demais Poderes do Estado. O Tribunal Constitucional é composto por um Presidente, um Vice-Presidente, doze membros e quatro suplentes. A investidura no cargo dos membros do Tribunal Constitucional é constituída por dois procedimentos distintos, ora com a escolha sendo feita pelo Poder Executivo – por meio do Governo Federal – ora com a escolha sendo realizada pelo Poder Legislativo (Assembléia Federal), por meio de uma das suas casas – Conselho Nacional e Conselho Federal. Assim, o presidente, o vice-presidente, seis membros e três suplentes, serão escolhidos pelo Governo Federal, todos eles entre magistrados, funcionários administrativos e catedráticos das Faculdades de Direito e Ciências Políticas. Os outros seis membros e três suplentes serão escolhidos pelo Parlamento, dos quais três membros e dois suplentes pelo Conselho Nacional, por maioria qualificada, e três membros e um suplente pelo Conselho Federal, por maioria absoluta. Todos os membros serão nomeados pelo Presidente da República. (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. p. 16).

⁸⁸ O Tribunal Constitucional Federal alemão, apesar de organicamente fazer parte do Poder Judiciário (art. 92 da Lei Fundamental), é um órgão constitucional, consistente em um Tribunal da Federação, autônomo e independente (art. 1º, da Lei do Tribunal Constitucional Federal). O Tribunal Constitucional é composto por 16 membros, dividido em dois Senados, que se encontram no mesmo plano hierárquico, com 08 membros cada um. “Ele compõe-se de juizes federais e outros membros (artigo 94, alínea I, frase I, da Lei Fundamental); três juizes de cada Senado são eleitos dentre os juizes dos tribunais superiores da federação (§ 2º, alínea 3, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal). A função dos juizes dura uniformemente doze anos, o mais tarde até o limite da idade; uma reeleição está excluída (§ 4º, alínea 1 e 2, da Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal).” (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 488-489).

⁸⁹ A Constituição italiana de 1948 prevê a disciplina do Tribunal Constitucional, em seu art. 134, Título VI, da parte segunda, e em particular na sua seção I. O Tribunal Constitucional é autônomo e independente. Sua constituição e seu funcionamento estão dispostos na Lei de 11 de março de 1953, n.º 87. A escolha por um Tribunal Constitucional independente dos órgãos judiciários ordinários e especiais realizada pela Assembléia Constituinte teve como jurisdição “os reflexos políticos de suas decisões que tratam sempre de questões de grande expressão institucional, como a fiscalização

Portugal⁹⁰, ou pode ser realizado por uma Corte Suprema, fazendo parte da estrutura do Poder Judiciário, como é o caso, por exemplo, dos Estados Unidos da América⁹¹. Este também é, em certa medida, o caso brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, deve solucionar os litígios com prioridade na efetiva aplicação dos direitos fundamentais, objetivo final da existência do Estado Democrático de Direito. Neste contexto, a real função do Supremo Tribunal Federal, por meio do controle de constitucionalidade, é a de concretização da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal faz parte do Poder Judiciário, conforme determina o art. 92, I, da Constituição de 1988.⁹² Compete privativamente ao Presidente da República a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, depois de aprovada a escolha pela maioria do Senado Federal, de acordo com o art. 84, XIV c/c 101, parágrafo único. O Supremo Tribunal é composto de onze ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, conforme art. 101, *caput*, da Constituição de 1988

⁹³.

sobre a lei e os atos com força de lei, a resolução dos conflitos de atribuições, o juízo de acusação movida contra o Presidente da República. “O Tribunal Constitucional é “composto por 15 membros, nomeados 1/3 pelo Presidente da República, 1/3 pelo Parlamento em sessão comum, 1/3 pelo juízes da suprema magistratura (art. 135, 1º, da Constituição). Os juízes eleitos pelo Parlamento em sessão comum em escrutínio secreto devem obter a maioria de 2/3 e, depois da terceira votação, de 3/5. [...] Os juízes escolhidos pelo Presidente da República vêm nominados por meio de seu decreto referendados pelo presidente do Conselho de Estado. A nominata presidencial é tendencialmente feita de modo a respeitar um equilíbrio entre os diversos componentes políticos presente no Parlamento. Os juízes escolhidos pela suprema magistratura são eleitos da seguinte forma: 03 pelos magistrados da Corte de Cassação, 01 pelos membros do Conselho de Estado e 01 pelos membros da Corte de Contas. Todos os juízes devem ser escolhidos entre os magistrados de jurisdição superior, entre os professores de Universidades em matéria jurídica, entre os advogados com ao menos vinte anos de exercício profissional.” (VERGOTTINI, Giuseppe de. P. 618).

⁹⁰ A Constituição portuguesa de 1976 prevê, em seu art. 221, a disciplina do Tribunal Constitucional como órgão autônomo e independente do Poder Judiciário, ao qual “competes especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional”. O art. 222 da Constituição determina que 13 juízes deverão compor o Tribunal Constitucional. Apenas 10 dos juízes que compõem o Tribunal serão escolhidos diretamente pelo Plenário da Assembleia, sendo os outros 3 juízes cooptados pelo próprio Tribunal. (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. P. 678-683).

⁹¹ A Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 criou a Suprema Corte, que compõe o Poder Judiciário juntamente com os tribunais inferiores, conforme o disposto no art. 3º, 1ª Seção e da Lei Judiciária de 1789. Os 9 juízes da Suprema Corte serão escolhidos pelo Presidente da República e sua confirmação será realizada pelo Senado Federal (SCHWARTZ, Bernard. Direito Constitucional Americano. P. 27).

⁹² Constituição Federal: “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal.”

⁹³ Encontra-se em tramitação, no Senado Federal, Projeto de Emenda à Constituição n. 68, de 2005, que altera a Constituição Federal, em seus arts. 84, XIV e art. 101, parágrafo único, para dispor sobre a escolha de Ministros do Supremo Tribunal Federal. O texto da alteração é o seguinte: “Art. 84. [...] XIV – nomear, observado o disposto no parágrafo único do art. 101, os Ministros do Supremo

Quanto à presunção da constitucionalidade das leis e atos normativos dos poderes políticos esta sempre existe e só se desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional estatuído na Constituição. “Essa presunção foi reforçada pelo teor do art. 103, § 3º, que estabeleceu um contraditório no processo de declaração de inconstitucionalidade, impondo o dever de audiência do Advogado-Geral da União, que obrigatoriamente defenderá o ato ou texto impugnado” (J. AFONSO DA SILVA, 1993. p. 53-54).

Tanto no sistema difuso como no sistema concentrado, regra geral, a declaração de inconstitucionalidade tem como consequência jurídica a nulidade de lei ou ato normativo. Como ensina Rui Barbosa: “Toda medida, legislativa ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionais, é, de sua essência, nula” (BARBOSA, 2003, p. 43)

Para se ter um entendimento prévio dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que cria regra geral, a nulidade de lei ou ato normativo do poder político, é importante elucidar a terminologia empregada, tanto no controle difuso, como no controle concentrado:

1) Quando houver a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, utiliza-se o termo “inaplicação de lei ou ato normativo”; isto porque a inconstitucionalidade é questão incidental (prejudicial) da ação e não seu objeto principal. Neste caso, a lei ou o ato normativo nunca tiveram aplicação no caso concreto, por serem nulos in concreto; conseqüentemente, o juiz constitucional apenas deixa de aplicar lei ou ato normativo inter partes. Pela limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, lei ou ato normativo continuarão em vigor gerando efeitos para todos os demais, pois, como determina o art. 97, da Constituição de 1988, “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”;

Tribunal Federal e, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do Banco Central e outros servidores, quando determinado em lei. Art. 101. [...] Parágrafo único. Aberta vaga no Supremo Tribunal proceder-se-á da seguinte forma: I – os órgãos de representação da magistratura, do Ministério Público e dos advogados escolherão, mediante eleição, na forma da lei, cada um, dois candidatos à vaga, submetendo-os ao Supremo Tribunal Federal; II – o Supremo Tribunal Federal elegerá, dentre os seis nomes submetidos na forma do inciso I, por voto secreto e maioria absoluta, um deles, encaminhando-o ao Presidente da República para a nomeação.” (PEC n. 68, de 2005, publicada no Diário do Senado Federal de 30 de novembro de 2005, p. 41.687-41.689).

2) Quando houver a declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, utiliza-se o termo “invalidação de lei ou ato normativo”; isto porque, na sistemática jurídica brasileira, os meios de acesso à declaração de inconstitucionalidade, no controle concentrado, geram a nulidade ou anulabilidade de lei ou ato normativo, conforme o tipo de ação.

Explica-se: A regra geral do controle concentrado de constitucionalidade é a nulidade de lei ou ato normativo, com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*. No entanto, por meio da Lei n. 9.868/99, art. 27, e da Lei n. 9.822/99, art. 11, na declaração de inconstitucionalidade proferida na ação direta de inconstitucionalidade, e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, os efeitos de vigência de lei ou ato normativo poderão ser manipulados, por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, produzindo assim uma anulabilidade de lei ou ato normativo. Neste caso, os efeitos da decisão serão *ex nunc* e *erga omnes*. A exceção a este caso é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão em que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são a ciência ao Poder competente para que adote as providências necessárias, tornando efetiva a norma constitucional e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias, conforme preceitua o art. 103, § 2º, da Constituição de 1988.

Quando um juiz constitucional, no controle difuso, inaplica lei ou ato normativo, ou quando um ministro do Supremo Tribunal Federal, no controle concentrado, invalida lei ou ato normativo, verifica-se em ambos os casos a declaração de inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, age, excepcionalmente, como legislador positivo para concretizar a Constituição, como se verá mais adiante.

No controle difuso de constitucionalidade, todos os juízes constitucionais, desde o juiz primeiro grau até os juízes dos tribunais superiores, de todas as esferas estadual e federal, podem inaplicar lei ou ato normativo federal, estadual e municipal, no caso concreto, se os entenderem contrários à Constituição.

Os efeitos jurídicos da inaplicação de lei ou ato normativo, no controle difuso, serão de duas órbitas: a) um em relação à amplitude subjetiva: com efeitos imediatos inter partes, não havendo a revogação de lei ou ato normativo, mas sim sua inaplicação *in concreto*, a não ser que seja suspensa sua executoriedade pelo

Senado Federal (art. 52, X⁹⁴, da Constituição de 1988), caso em que haverá efeitos imediatos *erga omnes*; e b) outro em relação ao tempo: em que seus efeitos serão desconsiderados, desde o instante em que se iniciou a vigência de lei ou ato normativo (efeitos *ex tunc*) e não desde a declaração da inaplicação (efeitos *ex nunc*).

Diversamente, os ministros do Supremo Tribunal Federal, podem invalidar lei ou ato normativo federal e estadual contrários à Constituição Federal, em sede do controle concentrado; e, também, podem inaplicar lei ou ato normativo federal, estadual e municipal contrários à Constituição Federal, a nível recursal, em sede do controle difuso, dentre outras atribuições previstas na Constituição de 1988 (art. 102, I, II e III).

A invalidação de lei ou ato normativo, no controle concentrado abstrato, reflete dois efeitos: a) um em relação à amplitude subjetiva: em que a declaração da invalidação de lei ou ato normativo gera efeitos contra todos (*erga omnes*) e caráter vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição de 1988; art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99 e art. 10, § 3º, da Lei n. 9.882/99); e b) outro em relação ao tempo: em que a invalidação de lei ou ato normativo, regra geral, será nula desde o instante em que iniciou sua vigência (efeitos *ex tunc*). Não obstante, ao declarar a invalidação (anulabilidade) de lei ou ato normativo, tanto na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade, como na arguição de descumprimento de preceito fundamental, o Supremo Tribunal Federal poderá manipular os efeitos destas decisões no tempo, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de dois terços de seus membros, restringindo, assim, os efeitos daquela declaração ou decidindo que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (art. 27, da Lei n. 9.868/99)⁹⁵ e art. 11, da Lei n. 9.882/99)⁹⁶.

⁹⁴ Constituição de 1988: “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.”

⁹⁵ Sobre a Lei 9.882/99, na mesma palestra, Inocêncio Mártires Coelho comentou: “Mais recentemente, na linha desse trabalho de modelagem e de aperfeiçoamento do nosso sistema de defesa da Constituição, foi promulgada a Lei n.º 9.882, de 3/12/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no § 1º, do art. 102, da nossa Carta Política. O artigo 11 desse último diploma contém norma idêntica à do artigo 27 da citada Lei n.º 9.868/99, a demonstrar que, nesse terreno, como noutros domínios - e a despeito do ceticismo geral - pode existir um *legislador racional*, com plena consciência dos objetivos que intenta alcançar. Num caso, como no outro, i.e., tanto na ação direta de inconstitucionalidade, como na arguição de descumprimento de preceito fundamental, se o STF julgá-las procedentes, mas ainda assim - tendo

A inaplicação de lei ou ato normativo federal, estadual e municipal contrários à Constituição, a nível recursal, em sede do controle difuso, concretizada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, terá os mesmos efeitos, já citados no controle difuso, concretizados por quaisquer juízes ou tribunais.

Compete, igualmente, aos Tribunais de Justiça dos Estados federados a atribuição de Tribunal Constitucional, quando invalidarem lei ou ato normativo estadual e municipal em face da Constituição Estadual⁹⁷. É importante ressaltar que a competência de jurisdição constitucional dos Tribunais de Justiça estaduais, no controle concentrado, não usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando o artigo contrariado na Constituição Estadual for mera reprodução

em vista aquelas razões de *segurança jurídica* ou de *excepcional interesse social* - resolva graduar os efeitos dos respectivos veredictos, as normas e os atos declarados contrários à Constituição serão "repcionados" *como se fossem emendas - pontuais e transitórias - ao texto da Lei Maior, reputando-se válidos pelo tempo em que se "tolerar" a sua inconstitucional eficácia.*

Outra construção, também fictícia - embora menos heterodoxa - talvez fosse admitir-se que ao se utilizar dessa excepcional prerrogativa, o STF não estará conferindo validade, nem sobrevida - ainda que transitória e pontual - a normas ou atos contrários à Constituição, mas apenas preservando situações que, a seu ver, e precisamente em face daquelas *razões superiores*, o tribunal entenda que não deve ou já não pode desfazer. Trata-se de fórmula até certo ponto semelhante à que o constituinte adotou para o caso das medidas provisórias não convertidas em lei no prazo de 30 dias: porque tais normas perderam eficácia desde a sua edição, mas os seus efeitos não podem ser ignorados pura e simplesmente, impôs-se ao Congresso Nacional o dever de disciplinar as situações jurídicas delas decorrentes (CF - art. 62)." Idem, buscalegis.cj.ufsc.br, em 8/9/2010.

⁹⁶ Sobre a Lei 9.882/99, na mesma palestra, Inocêncio Mártires Coelho comentou: "Mais recentemente, na linha desse trabalho de modelagem e de aperfeiçoamento do nosso sistema de defesa da Constituição, foi promulgada a Lei n.º 9.882, de 3/12/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no § 1º, do art. 102, da nossa Carta Política. O artigo 11 desse último diploma contém norma idêntica à do artigo 27 da citada Lei n.º 9.868/99, a demonstrar que, nesse terreno, como noutros domínios - e a despeito do ceticismo geral - pode existir um *legislador racional*, com plena consciência dos objetivos que intenta alcançar.

Num caso, como no outro, i.e., tanto na ação direta de inconstitucionalidade, como na arguição de descumprimento de preceito fundamental, se o STF julgá-las procedentes, mas ainda assim - tendo em vista aquelas razões de *segurança jurídica* ou de *excepcional interesse social* - resolva graduar os efeitos dos respectivos veredictos, as normas e os atos declarados contrários à Constituição serão "repcionados" *como se fossem emendas - pontuais e transitórias - ao texto da Lei Maior, reputando-se válidos pelo tempo em que se "tolerar" a sua inconstitucional eficácia.*

Outra construção, também fictícia - embora menos heterodoxa - talvez fosse admitir-se que ao se utilizar dessa excepcional prerrogativa, o STF não estará conferindo validade, nem sobrevida - ainda que transitória e pontual - a normas ou atos contrários à Constituição, mas apenas preservando situações que, a seu ver, e precisamente em face daquelas *razões superiores*, o tribunal entenda que não deve ou já não pode desfazer. Trata-se de fórmula até certo ponto semelhante à que o constituinte adotou para o caso das medidas provisórias não convertidas em lei no prazo de 30 dias: porque tais normas perderam eficácia desde a sua edição, mas os seus efeitos não podem ser ignorados pura e simplesmente, impôs-se ao Congresso Nacional o dever de disciplinar as situações jurídicas delas decorrentes (CF - art. 62)." Idem, buscalegis.cj.ufsc.br, em 8/9/2010.

⁹⁷ Constituição Federal: "Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municípios em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão."

da Constituição Federal de observância obrigatória⁹⁸. Haverá, ainda, a possibilidade de interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal da decisão na ação direta de inconstitucionalidade proposta perante o Tribunal de Justiça local se “a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal, de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance da própria Constituição Federal”.⁹⁹

⁹⁸ “Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, processada perante Tribunal de Justiça. Contrariedade a dispositivo da Constituição Estadual que reproduz norma constitucional federal. Alegada usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Desde o julgamento da Rcl. N. 383, rel. Min. Moreira Alves, entende o STF inexistir usurpação de sua competência quando os Tribunais de Justiça analisam, em controle concentrado, a constitucionalidade de leis municipais ante normas constitucionais estaduais que reproduzem regras da Carta da República de observância obrigatória.” (Reclamação n. 2.076/MG, rel. Min. Ilmar Galvão, decisão de 3.10.02, publicado no DJ de 8.11.02).

⁹⁹ “Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei Municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros.” (Recl. N. 383/SP, rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 11.6.92, publicada no DJ de 21.5.93). Ver também: “[...] Se a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, com base no art. 125, § 2º, da Constituição Federal, está fundada em alegação de ofensa a determinado artigo da Constituição Estadual, nada impede, em princípio, que o Tribunal de Justiça do estado, conhecendo da demanda, julgue inválida a lei ou ato normativo em causa, por infringência de outras normas da Lei Magna do estado. Disso resulta que não cabe interceptar, previamente, o julgamento do Tribunal de Justiça, afirmando que não procede o fundamento invocado, desde que o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei estadual ou municipal seja em face da Constituição do Estado. A circunstância de a ação de inconstitucionalidade sustentar ofensa a norma da Carta estadual, não é, em si, suficiente a autorizar, pela via da reclamação, interdite o STF o conhecimento e julgamento do litígio de constitucionalidade pela Corte local, que lhe foi presente com base na competência a ela originalmente conferida (CF, art. 125, § 2º). Admitir-se a reclamação, como aforado, implicará entender que o STF possui poder avocatório de representação de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal, em face da Constituição Estadual, tramitando no Tribunal de Justiça, para formular sobre a causa, previamente, um juízo de possibilidade jurídica do pedido. Em hipótese como a em exame, se a reclamação é improcedente, isso não significa que a causa impugnada não poderá vir a ser conhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Da decisão de Tribunal de Justiça, em representação de inconstitucionalidade, com base no art. 125, § 2º, da Constituição federal, poderá caber recurso extraordinário, a teor do art. 102, III, da Lei Maior da República. Nada impede que, nessa ação do art. 125, § 2º, da Lei Magna, se impugne, como inconstitucional, perante a Constituição Federal, a interpretação dada ao preceito de reprodução existente na Constituição do Estado, por ser essa exegese violadora da norma federal reproduzida, que não pode ser desrespeitada, na Federação, pelos diversos níveis de Governo (Rcl. N. 383/SP).” (Recl-AgR n. 425/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, decisão de 27.5.93, publicada no DJ de 22.10.93).

3.1 A função judicial e o ativismo judicial no direito constitucional brasileiro

Após o exame sobre o constitucionalismo, o Estado Democrático de Direito e a separação de poderes e a jurisdição constitucional, comparando-se as várias visões da doutrina, cabe a partir deste ponto um exame sobre a judicialização e o ativismo judicial, com enfoque no caso brasileiro.

Desde o final da Segunda Grande Guerra houve na maioria dos países ocidentais um grande avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária feita nas esferas do Legislativo e do Executivo.

Esse fenômeno ocorreu em diferentes partes do mundo e em diferentes épocas. Cortes constitucionais e supremas cortes passaram a protagonizar decisões envolvendo questões de largo alcance político, de implementação de políticas públicas ou de escolhas de cunho moral envolvendo temas polêmicos na sociedade.

Exemplos desse fenômeno puderam ser notados no caso do Canadá, por exemplo, quando a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Também, no próprio Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi decidido pela Suprema Corte, no julgamento *Bush & Gore*. A Suprema Corte de Israel decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção do muro de fronteira separando o território palestino. Já na Turquia a Corte Constitucional tem desempenhado um papel fundamental na preservação de um Estado Laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Coreia do Sul a Corte Constitucional anulou o *impeachment* e restituiu o mandato de um presidente (HIRSCHL, 2008).

Estes casos ilustram a tênue fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo. Segundo Luis Roberto Barroso (2010), ainda assim o caso brasileiro é densificado pela sua extensão e volume:

Circunstâncias diversas, associadas à constituição, à realidade política e às competências dos Poderes alçaram o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, às manchetes dos jornais. Não exatamente em uma seção sobre juízes e tribunais, mas nas seções de política, economia, ciências, polícia. Bastante na polícia. Acrescente-se a tudo isso a transmissão direta dos julgamentos do Plenário da Corte pela TV Justiça. Em vez de

audiências reservadas e deliberações a portas fechadas, como nos tribunais de quase todo o mundo, aqui se julga sob o olhar implacável das câmeras de televisão. Há quem não goste e, de fato, é possível apontar inconveniências. Mas o ganho é maior do que a perda. Em um país com o histórico do nosso, a possibilidade de assistir onze pessoas bem preparadas e bem intencionadas decidindo questões nacionais é uma boa imagem. A visibilidade pública contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia.¹⁰⁰.

Esse não é o pensamento compartilhado por aqueles que rejeitam o ativismo judicial como forma legítima de promoção da justiça, justamente pelo fato de não verem ali representada a soberania popular, como por Exemplo: Luiz Moreira Gomes Junior, Janaína Parentes Fortes Costa Ferreira¹⁰¹ e Elival Ramos¹⁰².

3.1.1 A judicialização para o entendimento do ativismo judicial

Ensina Barroso que judicialização:

Significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não apenas pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...) como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade¹⁰³.

Quanto às causas da judicialização no Brasil, Barroso lista a redemocratização culminada com a promulgação da Constituição de 1988 e com ela uma recuperação das garantias da magistratura. Assim o Judiciário deixou de ser uma espécie de departamento técnico-especializado, transformando-se em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os demais Poderes. O ambiente democrático deu expansão institucional ao Ministério Público, com o aumento da relevância de sua atuação

¹⁰⁰ BARROSO, Luis Roberto. In: Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade. Pesquisa feita pela internet. www.jusquantum.blogspot.com, em 8 de set de 2010.

¹⁰¹ Vide artigo intitulado "Súmula Vinculante: O Estado de Exceção Institucionalizado" de autoria de Luiz Moreira G. Junior e Janaína Parentes Fortes costa Ferreira. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, dez de 2008

¹⁰² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, São Paulo, ed. Saraiva, 2010

¹⁰³ Idem, Barroso. Artigo cit.

também fora da área estritamente penal, bem como com a presença da Defensoria Pública em vários rincões do país.

Barroso também lista a constitucionalização abrangente como causa da judicialização. Inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária foram abarcadas pela Constituição. Este fenômeno aconteceu seguindo uma tendência mundial, iniciada pela Constituição de Portugal (1976) e Espanha (1978).

A Carta brasileira é analítica, ambiciosa (VIEIRA, 2008), desconfiada do legislador ordinário. Isto remete ao raciocínio de que constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

A terceira e última causa de judicialização é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo - como já demonstrado neste trabalho. Ele combina aspectos de dois sistemas diferentes: o estadunidense e o europeu. Destarte, desde o início da República, adota-se no Brasil a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual o juiz pode deixar de aplicar a lei, em um caso concreto que lhe seja submetido, caso considere inconstitucional. Por outro lado, buscou-se do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas, em tese, imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. Soma-se a isso o direito amplo de propositura, previsto no art. 103 da Constituição, pelo qual inúmeros atores podem ajuizar ações diretas. Resulta que nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante tem o condão de ser alçada ao Supremo Tribunal Federal.

Essa tendência não é nova e vem num crescente. Nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como: políticas governamentais, envolvendo aspectos de constitucionalidade da Reforma Previdenciária (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça). Manifestou-se também sobre relação entre Poderes,

determinando limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (quebra de sigilo e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal, além dos direitos fundamentais, como a progressão de regime para condenados pela prática de crimes hediondos. Ressaltando-se ainda a significativa virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado que ocorram no serviço público, além de outras.

Porém, todas as decisões proferidas nos casos-referência acima foram tomadas por meio de provocação. O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o mérito, uma vez preenchidos os requisitos formais de cabimento.

A judicialização não decorre de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limita-se a cumprir, de modo estrito, o seu mister constitucional, em conformidade morfológica com o desenho institucional vigente.

3.1.2 A judicialização e o ativismo judicial: conceitos

Uma das características do direito contemporâneo é a crescente complexidade da estrutura normativa das Constituições. Estas ao evoluírem das clássicas Constituições-garantia, que limitavam a matéria constitucional aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos Políticos, e individuais dos cidadãos¹⁰⁴, colocaram novos desafios para a interpretação constitucional.

Os desafios novos vieram com a introdução de princípios como matéria constitucional. Destarte, surgiu um novo paradigma ao ter que se fazer a diferença entre princípios e regras.

Como já visto no corpo do presente trabalho, regras são normas que proporcionam critérios específicos sobre como se deve, não se deve, ou se pode atuar. Os princípios são outro tipo de norma, de natureza ético-moral e que por isso vêm acompanhadas de critérios menos específicos para se tomar uma posição diante de situações concretas. Por sua natureza estas normas são indeterminadas e

¹⁰⁴ Vide art.178 da Constituição do Império de 1824, primeira Constituição brasileira.

só adquirem significado no momento da sua aplicação em um caso concreto, a elas não se podendo atribuir uma determinação em abstrato (ZAGREBELSKY, 1992). Daí a abertura do mundo dos fatos e da axiologia que os princípios favorecem na passagem, pela interpretação, das *verba legis* para a *sententia legis*. Este fato vem levando a reavaliações críticas do positivismo jurídico.

Uma das consequências da expansão dos princípios na estrutura normativa das constituições é que estas passam a buscar responder à função promocional do Direito contemplada nos princípios. Por isto o controle da constitucionalidade e a guarda da Constituição deixaram de cingir-se ao paradigma do controle da constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo. Passaram de igual forma, a ocupar-se também da tarefa de promover a realização dos valores positivados nos princípios constitucionais.

Sendo a esfera de aplicação dos princípios da Constituição de 1988 relativamente indeterminada e flexível, não estando cingida à dimensão da validade, a interpretação dos critérios para a tomada de posição do juiz diante do caso concreto passa pelo efeito das ponderações. Este modo de interpretação constitucional vem abrindo espaço no Brasil e em outros países para o ativismo judicial e, conseqüentemente, para a expansão do Poder Judiciário e para a interpretação sempre mais extensiva da Constituição¹⁰⁵.

Para Lafer (2010), o desdobramento e as consequências do ativismo judicial, quanto ao papel constitucional da divisão dos poderes, como no que respeita ao valor da segurança jurídica num Estado de Direito “suscita preocupação com os limites objetivos do processo hermenêutico. Esta preocupação está voltada para conter os riscos de a interpretação extrapolar a desejável congruência normativa de uma Constituição, como expressão axiológica do mérito do “governo das leis” e das inconveniências do “governo dos homens”, inclusive o dos magistrados.

Para Barroso “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmo lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas”¹⁰⁶ Porém, a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato decorrente do modelo

¹⁰⁵ Celso Lafer citando Píer Paolo Portinaro, Para além do Estado de Direito – tirania dos juízes ou anarquia dos advogados, in Pietro costa e Danilo Zolo, org., O Estado de Direito, História, Teoria, Crítica, são Paulo; Martins Fontes, 2006, p. 465-488, ao prefaciá-la obra de Elival da Silva Ramos. Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos, São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

¹⁰⁶ BARROSO, Luis Roberto, ainda In: Judicialização, Ativismo e Legitimidade. p.6

constitucional que se adotou, e não de um exercício deliberado de vontade política. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu alcance. Normalmente isso acontece em situações de retração do Poder Legislativo (de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil), impedindo que as demandas sociais sejam atendidas efetivamente. Essa ideia traz a sensação de uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores constitucionais.

Elival da Silva Ramos (2010, p. 129), com uma visão crítica, assim se expressa:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)

Afirma ainda o ilustre autor que o ativismo judicial pode ser “compreendido como a ultrapassagem dos limites impostos ao exercício da função jurisdicional, cuja descaracterização fere de morte o princípio da separação dos poderes” (RAMOS, 2010, p.129).

É neste tom crítico que Ramos (2010) procura parâmetros dogmáticos para o seu estudo sobre o ativismo judicial. A ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faria em detrimento, particularmente da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação ou de outras funções jurisdicionais, mas sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Se no positivismo clássico a interpretação se submete à vontade do legislador, ensejando o fenômeno do passivismo judiciário, a consequência do pragmatismo e do moralismo jurídico seria o ativismo subjetivista do intérprete-aplicador; “amplo e explícito no primeiro caso, circunscrito e implícito, no segundo” (RAMOS, 2010, p. 129). Já no positivismo moderado ou renovado, o que prevalece é a vontade da lei,

Não no sentido do pressuposto prévio, pronto e acabado, que o juiz tenha que meramente atender, mas no que o texto normativo objeto de exegese contém algo de objetivo que não pode ser desconsiderado, embora

constitua apenas um limite no trabalho de construção da norma de decisão, em que também conta (embora não com o mesmo peso) a vontade do intérprete (RAMOS, 2010, p. 129)

3.2 Fatores impulsionadores do ativismo judiciário no Brasil

Para Ramos existem elementos de impulso do ativismo judiciário no Direito brasileiro. Nomeia como primeiro elemento de impulsão o modelo de Estado que o constitucionalismo pátrio vem prestigiando desde a Constituição de 1934: o do Estado democrático-social, de perfil intervencionista.

A Constituição de 1988 manteve esse modelo, com “alguns exageros nacional-estatistas em matéria econômica” (RAMOS, 2010, p. 129), sendo mais tarde objeto de reforma corretiva, advinda das Emendas 5, 6, 7, 8 e 9, de 1995. Em diversos episódios, a Constituição de 1988 indica que a qualificação da República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito teve como propósito conciliar a tradição liberal-democrática com a democratização de oportunidades e a participação cidadã, razão pela qual “os princípios do Estado de Direito, no ordenamento brasileiro, hão de estar conectados à dimensão substantiva da legalidade, que aponta para a construção de uma ordem social e econômica inspirada por critérios de justiça, impositivos de certa igualdade de condições materiais, a qual não deve, entretanto, se converter em igualitarismo que sufoque a liberdade” (RAMOS, 2010, p. 330) ¹⁰⁷.

3.2.1 O modelo de Estado intervencionista

O sistema político democrático estruturado pela Constituição é o do *welfare state*, sendo os objetivos fundamentais da República, assinalados no art. 3º da Carta¹⁰⁸; contendo um generoso elenco de direitos sociais, em sua grande maioria

¹⁰⁷ Cf. tese acadêmica de Elival Ramos, *Perspectivas de Evolução*. p. 330.

¹⁰⁸ “Art. 3º constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a

impondo prestações estatais; a ampla gama de atividades econômicas de responsabilidade estatal na forma de serviço público, além dos poderosos instrumentos de intervenção no domínio econômico assegurado ao Poder Público.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1984, p. 281 e 283) bem analisou a intervenção estatal por meio da legislação no Estado-providência:

[...] Enquanto o Estado liberal se atinha à manutenção da ordem como condição para a iniciativa individual, em busca de seus interesses, realizasse sem perceber o interesse geral, o Estado-providência suscita o interesse geral comandando a atividade dos indivíduos e dos grupos. Sua atitude, longe de ser passiva em face do desenvolvimento econômico e social, que, para o liberalismo puro, decorria naturalmente do livre jogo da iniciativa individual, é ativa. Mais que ativa, é a atitude do impulsionador, do foco de irradiação do desenvolvimento. [...] Essa direção da economia se dá por intermédio da lei, pois, como já se acentuou o Estado não deixou de ser estado de direito quando assumiu certa missão positiva. Não deixou assim de pautar a sua conduta pela lei, muito menos rejeitou o princípio da legalidade como linha básica da conduta individual. Desse modo, a direção da economia, principal das tarefas atribuídas ao Estado-Providência, se faz por intermédio da lei. Esta, por isso, cessa de ser harmonização de interesses para ser um instrumento para a obtenção de determinados objetivos materiais.

Nesse diapasão aduz Cappelletti (1999, p. 270): “inicialmente, as intervenções estatais tinham principalmente natureza de preceitos legislativos, do que decorreu o fenômeno, caracterizado incisivamente pelo conhecido jurista americano Grant Gilmore, como ‘orgia de leis’”.¹⁰⁹

Nesse desenho de Estado caberia ao Poder Judiciário o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. Mas, também sobre ele recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido de dar maior celeridade na consecução dos fins modelados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios. É aí que se pode afirmar que o modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial. Este fato leva os juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, podendo assim ‘queimar’ etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente.

marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outras formas de discriminação.”

¹⁰⁹ RAMOS, Elival da Silva. Apud Cappelletti. Op.cit. p. 270

Canotilho, ao observar que o princípio da democracia econômico-social “encontra-se concretamente plasmado em numerosos preceitos consagradores de direitos subjectivos dos cidadãos” (CANOTILHO, 2003, p. 343), faz reflexões sobre se é possível, “para além destas expressões concretas”, com base no princípio informador, “fundamentar, perante a administração e os tribunais, pretensões subjectivas”. E conclui:

A resposta, em geral, é negativa, considerando-se que o *princípio da democracia econômico e social* é tão somente *um princípio jurídico fundamental objectivo* e não uma *norma de prestação subjectiva*. A favor desta consideração milita ainda o facto de a democracia econômico e social ser uma tarefa do legislador e não dos tribunais. Estes não teriam, na aplicação do princípio da democracia social e económica, qualquer medida racional que os auxiliasse na tarefa de decisão (CANOTILHO, 2003, p. 343).

Ramos (2010) comenta o pensamento de Canotilho, salientando que o princípio em referência contribui decisivamente na caracterização da inconstitucionalidade por omissão; no impedimento à revogação pura e simples de legislação implementadora de direitos sociais (princípio do não retrocesso); e, em face do direito positivo português, na identificação de direitos subjetivos, imediatamente fruíveis, que assegurem condições mínimas de existência, ao princípio da dignidade humana (mínimo existencial).

Mesmo constando do texto constitucional, ainda existe um grande descompasso entre as condições socioeconômicas ali projetadas a todos os brasileiros e aquelas realmente existentes e vivenciadas pela maioria da sociedade. Ao pretender fazer valer o dever-ser constitucional o juiz, muitas vezes, ignora os limites do poder conformador com a realidade factual (princípio da reserva do possível), mas pratica o voluntarismo judiciário, ao determinar a aplicação das normas dessa natureza em detrimento do todo possível.

Nesse caso seria, segundo Ramos (2010), necessário um auxílio da doutrina ao Poder Judiciário no sentido de balizar o equilíbrio entre a ousadia e a criatividade, imprescindíveis como tarefa de concretização de uma Constituição social-democrática. Mister se faria a observância dos limites decorrentes da adequada interpretação do próprio texto que se pretende seja transformado em realidade.

3.2.2 O modelo de controle abstrato de normas

Outro fator apontado por Ramos para atrair o ativismo judicial é a necessidade de um Estado forte para dar conta de seus compromissos, desde que fincado numa ordem constitucional social-democrática. Nele devem despontar Poderes políticos-representativos fortemente atuantes. Assim, o ponto de confluência das múltiplas ações desse Estado intervencionista está focado na função legislativa. Mantida essa premissa, mantida está a subordinação desse Estado à lei. Por isto, as funções de governo e de planejamento acabam por culminar na edição de atos legislativos, atos que seguem pressupostos básicos de toda e qualquer atividade administrativa. A expansão do campo de ação estatal e o dinamismo da sociedade pós-industrial acarretaram o fenômeno do aumento substancial da quantidade de leis. Essa legislação não se caracteriza apenas pela transitoriedade, mas, também, pelo particularismo, pela tecnicidade de conteúdo e pela perda da qualidade formal. Nesse contexto intensifica-se o controle jurisdicional de constitucionalidade, observados os sistemas modelares de controle de maior prestígio na atualidade: nos sistemas de padrão americano (controle abstrato de normas); nos sistemas de matriz européia, mediante a própria concentração da competência de controle característico ou pelo método principal ou por meio do incidente de inconstitucionalidade.

Em face disso está-se diante de um verdadeiro antídoto à onipresença da legislação. Nessa linha, aduz Capelletti (1993, p. 46-47):

Estamos, pois, em face de dois desenvolvimentos paralelos de grande alcance, cada um deles revelando os claros sintomas da profunda crise do nosso mundo contemporâneo. De um lado, existe o gigantismo do Poder Legislativo, chamado a intervir ou a 'interferir' em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade; de outro lado, há o conseqüente gigantismo do ramo administrativo, profunda e potencialmente repressivo. [...] a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas de gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes; a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.

As palavras de Cappelletti dão conta da consolidação, na Europa das Cortes Constitucionais e conseqüentemente do controle concentrado por elas exercido, quanto da jurisdição administrativa especializada, com a tarefa de preencher a ampla e profunda lacuna na tutela jurisdicional. São respostas, na forma de controles mais intensos, ao fenômeno do agigantamento dos Poderes político-representativos.

No caso brasileiro, desde a Constituição de 1891, convive-se com o controle difuso-incidental. A Emenda Constitucional n. 16, de 1965, à Constituição de 1946, ao introduzir o controle abstrato de normas por meio de ação direta e genérica declaratória de inconstitucionalidade não ensejou necessariamente o controle de constitucionalidade jurisdicional, mas a fiscalização de natureza político-repressiva, embora caucada em critérios jurídicos. Esse mecanismo de controle abstrato de normas, contudo, somente adquiriu relevância no sistema difuso de controle a partir da entrada em vigor da Constituição atual, complementada pelas Emendas Constitucionais n. 3, de 1993, e 45, de 2004, por conta de uma série de fatores: a) a ampliação da legitimação para agir na propositura de ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, caput); b) o alargamento do objeto dessas ações que passaram a abranger também a inconstitucionalidade por omissão (art.103, § 2º); a criação da ADPF – Argüição de descumprimento de direito fundamental, regulamentada pela Lei n. 9.982, de 1999, como uma autêntica ação direta de inconstitucionalidade de caráter subsidiário (em função da atribuição da legitimidade para agir aos mesmos legitimados para a propositura de ADI – (art. 2º, I, da Lei n. 9.882/99 - esta Lei autoriza a fiscalização abstrata de leis e atos normativos municipais diante da Constituição Federal, como também o direito pré-constitucional); a criação da ação direta declaratória de constitucionalidade (EC nº. 3/93, com as alterações advindas pela EC n. 45/04). A Lei 9.868/99 inseriu o procedimento das ações diretas declaratórias de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, trazendo uma otimização da eficácia desses instrumentos.

Resta então saber se o controle concentrado de constitucionalidade ou o controle abstrato nos sistemas difusos induzem ao ativismo judicial.

Para Ramos (2010, p. 277) isso acontece e:

[...] A principal razão para tanto está na maior proximidade legislativa, ainda que se trate do exercício de função jurisdicional. Com efeito, quer em uma hipótese ou noutra, a decisão judicial sobre a validade da lei é emitida com

efeitos gerais, ou *erga omnes*; de outra parte, quer no controle concentrado, quer no controle abstrato em sistema difuso, registra-se tendência a se admitir a modulação dos efeitos temporais das decisões sancionatórias da inconstitucionalidade; finalmente, a jurisdição constitucional, assim desenvolvida, interfere diretamente no conteúdo dos atos legislativos controlados. O exercício da fiscalização de constitucionalidade, nas condições apontadas, é fator desencadeante do ativismo judiciário na medida em que o órgão de controle perceba tornar-se menos nítida a distinção entre legislação e jurisdição. (...) Em vão se tenta, por vezes, encontrar um 'porto seguro' na imagem retórica do 'legislador negativo' (que legislador não é). A prática da modulação de efeitos temporais e das decisões manipulativas mostra que, nesse sentido retórico, a jurisdição constitucional, invariavelmente, se comporta como "legislador positivo".

Ademais, assenta Ramos, o fato de a Corte Constitucional ao utilizar normas parâmetro para apurar a validade da legislação fiscalizada em sede de controle é, em larga escala, "máxime em sede de constitucionalidade material, normas-princípio, cuja interpretação permite àquele órgão de controle maior liberdade de ação no exercício da sua função hermenêutico-concretizadora". Este fato, de caráter eminentemente teleológico-valorativo dos princípios constitucionais e a sua força expansiva, levam com freqüência o órgão fiscalizatório ao balanceamento entre princípios de incidência simultânea para bem mais do que um simples ajuste entre os respectivos núcleos essenciais, sendo que esses ajustes só competiriam ao legislador fazer.

Ademais, esse balanceamento, feito dessa forma, transformaria o significado de base, construindo disciplinas normativas relacionadas à norma, mas não decorrentes dela. Com efeito, também as regras constitucionais veiculadoras de conceitos indeterminados propiciam à Corte Constitucional uma dose maior de criatividade interpretativa, conquanto não sejam comumente encontradas no conjunto de disposições limitadas da legiferação. Exemplo desse tipo de norma regra são as medidas provisórias com força de lei, cujo condão de constitucionalidade está ligado à "relevância e urgência".¹¹⁰

3.2.3 O ativismo judicial decorrente do manejo

Em sua análise, Ramos (2010) enumera o manejo do controle de constitucionalidade em sede concretada ou da técnica de controle abstrato como

tendente a refluir na medida em que o tempo passa. Explica que a descoberta desse instrumental, relativamente recente no constitucionalismo, “tenderia a provocar um certo “deslumbramento” em Cortes constitucionais jovens , bem como em tribunais consagrados, que passam a exercer mais intensamente o controle de constitucionalidade. Apenas o amadurecimento institucional, e o *self-restraint* que sempre o acompanha, forneceria um antídoto a esse fator de impulsão do ativismo judicial, como o ocorrido no sistema europeu “¹¹¹ .

Volvida uma fase em que a Justiça Constitucional se entusiasmou e se deixou fascinar com a sua própria criatividade ‘paranormativa’ gerada por uma panóplia de decisões manipulativas, verificou-se que, tanto as resistências oferecidas pelos tribunais (e em menor grau, pelo legislador, no respeitante à salvaguarda das respectivas competências) como também os debates doutrinários sobre a legitimidade da Justiça Constitucional fizeram esfriar, desde a década de noventa, os excessos conseqüenciados dos Tribunais constitucionais, sobretudo em controle abstrato (RAMOS, 2010, p. 280)

3.3 A atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição

Em matéria constitucional o ativismo judicial aparece diretamente relacionado às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Constituição, compreendendo em primeiro plano a supremacia hierárquica das normas constitucionais, depois o caráter nomogénético de grande parte dos preceitos constitucionais, concretizados na lógica de normas-princípio; a imprecisão semântica da linguagem constitucional, frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo; a fundamentalidade da maior parte das normas formalmente constitucionais; a supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação-aplicação da Constituição (RAMOS, 2010).

Há caso em que o Supremo, na tentativa de colmatar a lacuna relativa à mora legislativa, está, mesmo que subsidiariamente, exercendo atividade política

¹¹⁰ Pode-se dizer que o caráter de urgência é mais “palpável” do que o caráter de relevância, sempre tendendo ao subjetivismo.

¹¹¹ Idem.

diante da omissão inconstitucional. E o faz por meio de jurisprudência, baseado na fundamentação e racionalidade das decisões.

A opção política do juiz encontra-se no campo da hermenêutica, e não no método jurisprudencial de decidir. A atividade jurisprudencial constitucional permanece sendo atividade jurídica. Quanto mais discricionariedade tiver o juiz, mais político é o caráter do seu julgamento. O que leva a entender que existe uma fusão entre o político e o jurídico na hermenêutica constitucional. É quando cabe ao intérprete constitucional instrumentalizar-se por meio dos princípios jurídicos e/ou regras de direito como fundamento relevante para a interpretação constitucional.

Na visão de membros do Poder Legislativo há aqueles que tecem uma crítica maior à atuação do Supremo Tribunal Federal, mas também há os que entendem tudo como um processo de redesenho das funções dos poderes no Estado de Direito.

Para o Deputado João Campos, o Judiciário praticamente legisla em suas decisões, ao criticar a postura do Supremo Tribunal Federal nas questões tratadas pelas súmulas vinculantes. E critica: “É uma inversão de papéis. Daqui a pouco, alguém é preso pela polícia, o Judiciário demora a julgar e é a Câmara quem dará a sentença?”¹¹² Segundo ele o ativismo judicial vem mais da necessidade de afirmação do Judiciário junto à sociedade do que por outras circunstâncias, como uma crise de funcionalidade do Legislativo.

Já o Deputado Régis de Oliveira não vê esse fenômeno como o da substituição de um poder pelo outro, mas como uma readequação dos poderes, e assenta: “a gente pode até criticar, por exemplo, a súmula das algemas. Isso pode causar mal-estar inicial, mas é fruto do espaço dado pelo Poder Legislativo e da interpretação judicial”¹¹³

Na opinião do deputado José Genoíno, a relação entre os três poderes precisa de um novo formato, que deve ser seguido por uma reforma política: “O Legislativo precisa ter mais iniciativa, pois a falta de iniciativa deixa um vácuo para o Judiciário”.¹¹⁴

¹¹² Vide sitio da Câmara dos Deputados [HTTP://www2.camara.gov.br/agência/notícias](http://www2.camara.gov.br/agência/notícias). Pesquisa feita em 7/10/2010.

¹¹³ Idem

¹¹⁴ Idem

3.3.1 A distinção entre regras de direito e princípios jurídicos na interpretação constitucional

Para melhor entender o manuseio do Direito pelo Supremo Tribunal Federal, vimos necessário introduzir no presente trabalho a distinção entre os princípios jurídicos e regras de direito, visto serem essas as grandes ferramentas dogmáticas utilizadas pelos intérpretes pretórios para fazer concretizar a Constituição.

A distinção entre princípios jurídicos e regras de direito é uma das mais importantes para a prática do direito, ainda mais em se tratando da jurisdição constitucional. Essa distinção está baseada na estrutura normativo-material dos preceitos que integram a parte dogmática das constituições, com enormes reflexos na sua interpretação e aplicação.

O que caracteriza particularmente o princípio é, de um lado, a falta de precisão e, de outro, a sua generalização e abstração lógica.

Em artigo intitulado “Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?”, Inocêncio Mártires Coelho, a respeito dos princípios jurídicos e regras de direito, ensina:

Sob perspectiva um tanto diversa, Josef Esser¹¹⁵ distingue aquelas duas espécies normativas dizendo que ‘os princípios jurídicos, diferentemente das normas [regras] de direito, são conteúdo em oposição a forma, embora o uso dessas categorias aristotélicas - adverte - não nos deva induzir a pensar que a forma seja o acessório de algo essencial’, até porque ‘histórica e efetivamente, a forma, entendida processualmente como meio de proteção do direito ou materialmente como norma, é sempre o essencial, o único que pode conferir realidade e significação jurídica àquele conteúdo fundamental ainda não reconhecido como *ratio* (COELHO, 2010).

Ainda discorrendo sobre os princípios e regras para a interpretação constitucional, continua Inocêncio Mártires Coelho:

[...] Se, por outro lado, adotarmos o critério de Ronald Dworkin, diremos que a diferença entre regras e princípios é de natureza *lógica* e que decorre dos respectivos modos de aplicação. Com efeito, em razão da sua estrutura normativo-material - *dado A, deve ser B* -, as *regras* são aplicadas à

¹¹⁵ **Josef Esser** (nascido em 12 de março de 1910 em Schwanheim am Main, atualmente parte de Frankfurt am Main; falecido em 1999) foi um jurista e professor universitário alemão. Foi o autor da obra "Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung" (1956) – Traduzido para o espanhol por Eduardo Valentí Fiol sob o título de “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado” (Bosch, 1961).

maneira de proposições disjuntivas, isto é, se ocorrerem os fatos descritos na sua hipótese de incidência e se elas forem normas válidas, de acordo com a *regra de reconhecimento* do sistema a que pertencem, as suas prescrições incidirão necessariamente sobre esses fatos, regulando-os na exata medida do que estatuírem e afastando - como *inválidas* - outras regras, que, eventualmente, possam concorrer ou entrar em conflito com elas.

Noutras palavras, em se tratando de *regras* de direito, sempre que a *sua* previsão se verificar numa dada situação de fato concreta, valerá para essa situação exclusivamente a *sua* consequência jurídica, com o afastamento de quaisquer outras que dispuserem de maneira diversa, porque no sistema não podem coexistir normas *incompatíveis*.

Se, ao contrário, aqueles mesmos fatos constituírem hipótese de incidência de *outras* regras de direito, estas e não as primeiras é que regerão a espécie, também integralmente e com exclusividade, afastando-se - por incompatíveis - as consequências jurídicas previstas em quaisquer outras regras pertencentes ao mesmo sistema jurídico.

Daí se dizer que, na aplicação aos casos ocorrentes, disjuntivamente as regras valem *ou* não valem, incidem *ou* não incidem umas afastando ou anulando as outras, sempre que as respectivas consequências jurídicas forem *antinômicas* ou reciprocamente excludentes.

Mas, o Direito enquanto ordenamento ou sistema, não pode admitir antinomias ou contradições.

Por essa razão ao longo do tempo de interpretação das leis a jurisprudência foi elaborando algumas regras, de aceitação geral, para resolver os conflitos entre normas. “pelo menos aqueles simplesmente *aparentes*, já que as antinomias *reais* permanecem insolúveis ou têm a sua resolução confiada ao poder discricionário do intérprete, como assinala Norberto Bobbio” (COELHO, 2010)

Os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade são fruto desse trabalho jurisprudencial. Usualmente enunciados em latim - *lex posterior derogat priori; lex superior derogat inferiori; lex specialis derogat generali* - , são simples regras técnicas que, na generalidade dos casos, ao serem utilizadas trazem a sensação de que resolveram falsos problemas. Isto porque a incidência de uma norma afasta a incidência da outra. Desta forma as regras são invocadas para a solução de conflitos pelos aplicadores do direito, menos para *resolver* do que para *declarar* inexistentes supostos defeitos lógicos nos ordenamentos em que operam.

Porém essa solução torna-se problema na hipótese em que, por exemplo, duas normas pertencentes ao mesmo ordenamento; dotadas de igual hierarquia; editadas simultaneamente; e possuindo idêntico âmbito de validade, estabeleçam para um mesmo caso soluções que aos olhos do intérprete podem parecer mutuamente incompatíveis. Estaria aí o intérprete diante de um verdadeiro dilema sem solução. Por isso, novamente ensina Inocêncio Coelho: “nesses casos

modelares de contradições entre normas - que, no âmbito dos problemas lógicos de interpretação do Direito, Alf Ross¹¹⁶ aponta como hipóteses de incompatibilidade *absoluta* ou de inconsistência *total-total* - nessas situações difíceis já não se encontram soluções manejando os critérios *cronológico*, *hierárquico* e da *especialidade*, porque eles são congenitamente insuficientes, podem entrar em contradição mútua e, afinal, só "resolvem" mesmo os chamados conflitos aparentes de normas (COELHO, 2010)

3.3.2 Quanto aos princípios

Já no campo da aplicação dos *princípios*, ao contrário, a maioria dos estudiosos entende que não se faz necessária a formulação de regras de colisão, porque essas espécies normativas - por sua própria natureza, finalidade e formulação - criam apenas momentâneos estados de tensão ou de *mal-estar hermenêutico*, que o operador jurídico de plano verifica serem passageiros e plenamente superáveis no curso do processo de aplicação do direito (COELHO, 2010).

Daí esta precisa observação de Humberto Bergmann Ávila¹¹⁷ sobre a natural *inapetência* dos princípios para entrar em conflito quando manejados pelos seus intérpretes e aplicadores:

A própria ideia de "conflito" deve ser repensada. Ora, se o conteúdo normativo de um princípio "depende" da complementação (positiva) e limitação (negativa) decorrente da relação dialética que mantém com outros princípios, como conceber a ideia de "colisão"? Tratar-se-ia de um conflito aparente e não-uniforme, já que a ideia de conflito pressupõe a identidade de hipóteses e campos materiais de aplicação entre as normas que eventualmente se contrapõem o que no caso dos princípios é previamente inconcebível: os princípios são definidos justamente em função de não

¹¹⁶ Alf Niels Christian Ross (10 de junho de 1899 — 17 de agosto de 1979) foi um jurista e filósofo dinamarquês, além de professor de Direito Internacional. É conhecido como um dos fundadores do realismo jurídico escandinavo. Em suas muitas obras, uma de suas ideias centrais foi a de tentar liberar o pensamento dos juristas das ideias místicas e de pressupostos não verificáveis, que não estão embasados na ciência. O nome de Ross está diretamente ligado ao chamado **realismo jurídico escandinavo**, movimento que está vinculado no positivismo lógico. Parte da obra de Ross esteve focada em analisar e criticar a doutrina do jusnaturalismo, e por outro lado, a reflexão em torno dos fundamentos epistêmicos e metodológicos da construção teórica de um de seus mais admirados mestres e colegas: Hans Kelsen.

¹¹⁷ Humberto Ávila. Teoria dos Princípios. Ed. Malheiros. Apud Inocêncio Mártires Coelho

possuírem uma hipótese e uma conseqüência abstratamente determinadas. O problema que surge na aplicação reside muito mais em saber qual dos princípios será aplicado e qual a relação que mantêm entre si

Ao contrário das regras, que possuem hipóteses de incidência fixas e conseqüências jurídicas determinadas - por isso são passíveis de conflito e recíproca exclusão -, os princípios não se apresentam como *imperativos categóricos* nem como *ordenações de vigência*, apenas enunciando *motivos* para que se decida num ou noutro sentido.

Paulo Gonet Branco (2009, p. 146) ensina sobre os princípios e o juízo de ponderação: “O juízo de ponderação, como entendido hoje, vincula-se à ideia de que as normas podem assumir forma de princípios, comportando, por isso, mitigação na intensidade de sua incidência sobre casos concretos quando em conflito com outras normas, mantendo, contudo a sua validade jurídica.”

E continua:

[...] Quando os princípios interferem uns nos outros, ‘deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um’ (Dworkin). Isso admitidamente, não se faz por meio de critérios de mensuração exatos, mas segundo a indagação sobre quão importante é um princípio numa situação observada. Não se resolvem os conflitos entre princípios, tomando um como exceção do outro. O que ocorre é um confronto de pesos entre as normas que se cotejam (BRANCO, 2009, p. 146).

Em excelente artigo intitulado “Ativismo Judicial: o caso brasileiro”¹¹⁸ Inocêncio Mártires Coelho comenta as posições assumidas por Elival Ramos sobre o ativismo judicial. Para Ramos deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, (como já foi dito neste trabalho). Porém, ensina Coelho:

Diversamente do ativismo judicial, que desrespeita esses limites, a criação judicial do Direito seria o exercício regular do poder-dever, que incumbe aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado, caminhando do geral e abstrato da lei ao singular e concreto da prestação jurisdicional, a fim de realizar a justiça em sentido material, que nisto consiste o dar a cada um o que é seu.

Assim pode-se dizer, em resumo, que qualquer avaliação crítica do problema do ativismo judicial implica fincar-se uma fronteira entre criação judicial do direito conforme ou desconforme o traçado da separação dos poderes, “fórmula que

funciona bem nas situações de clara ultrapassagem dos limites, mas é de escassa ou nenhuma utilidade naqueles casos em que o próprio texto da Constituição – pela sua aberta semântica -, comporta leituras que, embora distintas, são igualmente defensáveis ou plausíveis” (COELHO, 2010)

Essa sensação de estranheza estará dissipada se tivermos presente que um conteúdo normativo vinculante não se obtém de um texto normativo marco, que não é possível subordinar-se a interpretação a algo que ela mesma irá produzir. Sendo indeterminadas as normas constitucionais objeto de exegese, o seu significado só se revelará ao termo da interpretação, para a qual, por isso mesmo, não pode servir de ponto de partida. Porém não se pode perder de vista que a liberdade do intérprete/aplicador do direito há de ser uma liberdade responsável e de autocontrole, pois a ele não é dado introduzir na lei o que deseja extrair dela, tampouco aproveitar-se da abertura semântica dos textos para neles inserir, fraudulentamente, conteúdos que sabe serem incompatíveis com esses enunciados normativos.

O juízo de reprovação do ativismo judicial como conduta que seria ofensiva ao dogma da separação de poderes, não é acolhida por muitos juristas de expressão, como é o caso de Inocêncio Coelho e Cappelletti, por exemplo, para quem, pela singular posição institucional de que desfrutam – situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes – as cortes constitucionais não podem ser enquadradas nem entre os órgãos jurisdicionais, nem entre os legislativos, tampouco entre os órgãos executivos, porque a elas pertence de fato uma função autônoma de controle constitucional não identificada com nenhuma das funções próprias de cada um dos Poderes tradicionais, mas se projeta de várias formas sobre todos eles reconduzindo-os, quando necessários, à rigorosa obediência das normas constitucionais¹¹⁹.

¹¹⁸ Pesquisa feita no site www.jusquantum.blogspot.com, em 20 de set 2010.

¹¹⁹ Inocêncio Mártires Coelho apud Cappelletti. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. In Revista de Direito Processual Civil, São Paulo. Saraiva, ano II, jan/jun de 1961, vol. 3, p.38

4 AS SENTENÇAS NORMATIVAS COMO RESULTADO DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Pela natural preocupação em garantir o rigor terminológico do objeto da investigação em curso, impõe-se definir as sentenças normativas como aquelas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que, entre outras características, possuem eficácia *erga omnes*. Embora se sabendo que, no ordenamento jurídico brasileiro, as decisões proferidas pelos Tribunais são denominadas de acórdãos, conforme determina o art. 163, do Código de Processo Civil, o termo decisão normativa aqui designa as decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal que, resolvendo conflitos submetidos à jurisdição, criam norma geral e abstrata, com o intuito de concretizar a Constituição de 1988.

Importante justificar o porquê da escolha do termo “sentença normativa” para identificar, na jurisdição constitucional, as hipóteses excepcionais de decisão criadora de norma geral e abstrata.

Uma denominação comum para as decisões judiciais criadoras de norma geral e abstrata vem sendo discutida há anos pela doutrina européia. Mesmo para os italianos, que possuem vários tipos de sentenças criadoras de normas gerais e abstratas proferidas pelo Tribunal Constitucional, não há unanimidade na terminologia empregada pra incluir o conjunto destas decisões (MEDEIROS, 1999).

Alguns exemplos de sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional italiano esclarecem a situação. Se o tema desta investigação fosse denominado sentença aditiva¹²⁰ na jurisdição constitucional, estar-se-ia restringindo seu objeto às decisões proferidas em razão de a lei ter sido relativamente omissa ou ter restringido direito, mediante ofensa, num ou noutro caso, ao princípio da igualdade (GROPPI, 2003). Se o tema deste estudo fosse denominado sentença manipulativa, poderia acarretar uma interpretação errônea de seu objeto, pois, no Brasil, o termo manipular é também utilizado como sinônimo para “adulterar, falsear, fraudar” (HOUAISS, 2003, p. 434). Além do mais, o termo sentença manipulativa, na Itália, é utilizado por alguns autores para indicar uma vasta e variada tipologia de sentenças

¹²⁰ A sentença aditiva é a que declara a inconstitucionalidade de uma lei que devia ter previsto alguma situação jurídica, mas assim não o fez. Atua de modo a preencher uma omissão do legislador

destinadas a modificar a substância e o alcance das leis, também lhe alterando formalmente o texto (COLAPIETRO, 1990). Se fosse utilizado o termo sentença modificativa (DUNI, 1977; MEDEIROS, 1999) na jurisdição constitucional, igualmente se estaria restringindo o objeto deste trabalho àquelas decisões que apenas mudam o sentido da lei, não alcançando aquelas que criam normas gerais e abstratas.

Como visto, é difícil encontrar um termo que comporte todas as hipóteses de decisões criadoras de norma geral e abstrata no controle concentrado abstrato. Além dos termos acima citados, Colapietro (1990) identifica várias outras terminologias, como, por exemplo, sentenças interpretativas, sentenças criativas, sentenças integrativas, sentenças “lei” e, por último, mas com importância redobrada para esta investigação, sentenças normativas.

O termo sentença normativa foi o escolhido porque, por meio dele, melhor se compreende o resultado do exercício pelo Supremo Tribunal Federal da função de criar norma geral e abstrata. Com efeito, o termo sentença normativa é auto-explicativo, elucidativo, pois designa justamente seu significado, qual seja a decisão proferida em sede de controle concentrado abstrato com o condão de criar norma geral e abstrata, em que o juiz constitucional da Corte Suprema acaba por assumir o papel de legislador positivo, objetivando primordialmente a garantia dos direitos fundamentais e o princípio da igualdade estipulados na Constituição.

A sentença normativa na jurisdição constitucional é, portanto, o resultado do exercício de uma função que não tem outra finalidade senão efetivar os direitos fundamentais e assegurar o princípio da igualdade no tratamento da pessoa humana¹²¹.

ou uma omissão que seria produzida pelo próprio Tribunal Constitucional, em decorrência da sua função de controle.

¹²¹ Os autores que identificam esta criação judicial como sentença normativa são: SILVESTRI, Gaetano. *Le sentenze normative della Corte Costituzionale*, In: *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*. Padova: CEDAM, 1985. p. 757-794; ELIA, Leopoldo. *Le sentenze additive e lá piú recente giurisprudenza della Corte Costituzionale (ottobre 81-luglio 85)*. In: *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*. Padova: CEDAM, 1985. p. 307; VALLE, Rubén Hernández. *La problemática de las sentencias normativas*. In: OTSU, Susana Ynes Castañeda (org.). *Derecho procesal constitucional*. Tomo I, p. 375-392.

No Brasil, a sentença normativa tem sido discutida na órbita doutrinária¹²², mas o Supremo Tribunal Federal atua de forma a não admitir o fato de que se utiliza deste mecanismo de decisão para resolução dos conflitos impostos a seu conhecimento. Este é o maior problema que se vislumbra nesta investigação, uma vez que são proferidas várias sentenças normativas e, conseqüentemente, a Corte Suprema atua como legislador positivo, porém oculta este fato, deixando, insolúveis situações, por entender mais conveniente decidir que não pode atuar como legislador positivo¹²³.

O caráter inovador da sentença normativa é ressaltado por todos os autores que tratam o tema, seja qual for a terminologia utilizada, em razão de que tais sentenças possuem o “efeito de ‘fazer dizer’ a norma referida na sentença alguma coisa diferente, e freqüentemente alguma coisa a mais, em relação àquilo que era

¹²² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Jurisdição constitucional democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 252-254; SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 208-217. Trata das sentenças normativas, denominando-as de sentenças manipulativas: MORO, Sergio Fernando. Jurisdição constitucional como democracia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 249-587. Trata das sentenças normativas, denominando-as de sentenças interpretativas: STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. P. 573-579.

¹²³ “Carência de Ação. Processo Objetivo. Pedido de Declaração de Inconstitucionalidade. Conseqüência. Surgimento de Normatização. Uma vez surgindo, como conseqüência do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, normatização estranha ao crivo da Casa Legislativa, forçoso é concluir pela impossibilidade jurídica.” (ADI n. 3.459-6/RS, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 24.8.05, publicado no DJ de 7.4.06). No mesmo sentido: “Constitucional. Lei Federal. Restrições ao uso à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, etc. Impugnação do dispositivo que define o que é bebida alcoólica para os fins de propaganda. Alegada discriminação legal quanto às bebidas com teor alcoólico inferior à treze graus gay lussac. A subtração da norma do corpo da lei implica em atuar este tribunal como legislador positivo, o que lhe é vedado. Matéria para ser dirimida no âmbito do Congresso Nacional. Precedentes. Ação não conhecida.” (Adi n. 1.755-5/DF, rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 15.10.98, publicado no DJ de 18.5.01). “Ação direta de inconstitucionalidade. Medida liminar. Argüição de inconstitucionalidade da expressão ‘um terço’ do inciso I e do inciso II do § 2º, do § 3º e do § 4º do art. 47 da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, ou quando não, do art. 47, inciso I, III, V e VI, exceto suas alíneas a e b de seus § 1º, em suas partes marcadas em negrito, bem como dos incisos e parágrafos do art. 19 da Instrução n. 35 – Classe 12ª – Distrito Federal, aprovada pela Resolução n. 20.106/98 do TSE que reproduziram os da citada Lei n. 9.504/97 atacados. – Em se tratando de instrução do TSE que se limita a reproduzir dispositivos da Lei n. 9.504/97 também impugnados, a argüição relativa a essa instrução se situa apenas mediatamente no âmbito da constitucionalidade, razão por que não se conhece da presente ação nesse ponto. – Quanto ao primeiro pedido alternativo sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 9.504/97 impugnados, a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo. – No tocante ao segundo pedido alternativo, não se podendo, nesta ação, examinar a constitucionalidade, ou não, do sistema de distribuição de honorários com base no critério da proporcionalidade para a propaganda eleitoral de todos os mandatos eletivos ou de apenas alguns deles, há impossibilidade jurídica de se examinar, sob qualquer ângulo que seja ligado a esse critério, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados nesse pedido alternativo. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.” (ADI n. 1.882-4/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 26.6.98, publicado no DJ de 10.12.99).

seu significado original” (CRISAFULLI, 1985. p. 239), ou melhor, àquilo que era seu texto original. Desse modo, o juiz da Corte Constitucional, ao proferir sentença normativa, cria norma geral e abstrata a partir de um texto preexistente, construindo “uma entidade normativa qualitativamente diversa e, portanto, nova em consideração àquele texto” (SILVESTRI, 1985, p. 759).

Em suma, pode-se conceituar a sentença normativa como aquela que abarca o conjunto das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal que criam norma geral e abstrata, transformando, adequando, modificando e integrando o texto de lei ou de ato normativo, com o objetivo primordial de concretizar a Constituição.

4.1 Os requisitos da sentença normativa

É o princípio da supremacia constitucional que justifica a existência de uma jurisdição propriamente constitucional. Esse princípio é o “que exprime a exigência do constitucionalismo de submeter à ação dos poderes políticos à regra jurídica garantindo a supremacia da Constituição na dinâmica política” (ZAGREBELSKY, 1977, p. 473). Como ficou já demonstrado neste trabalho, o caminho escolhido pelo Brasil para garantir, a um só tempo, a supremacia da Constituição e sua densidade normativa é o do tipo jurisdicional.

Assim sendo, os requisitos da sentença normativa, que se pretende explorar neste tópico, são as condições de fato e de direito que demonstram a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo em sede de jurisdição constitucional.

Com a escolha pelo constituinte brasileiro de uma Constituição de natureza rígida, também foi eleito um mecanismo institucional que assegurasse eficazmente tal rigidez. Desse modo, o próprio constituinte concedeu ao Supremo Tribunal Federal o papel de guardião da Constituição, que lhe garante um juízo abstrato de constitucionalidade das leis ou atos normativos à luz dos princípios constitucionais, comportando um grau elevado de atividade criativa.

A atividade exercida pelo Supremo Tribunal é guiada pelas normas constitucionais, mas não se reduz a uma mecânica aplicação destas. O papel de guardião do Supremo Tribunal Federal, exercido por meio da jurisdição

constitucional, confere-lhe por excelência uma função mediadora dos conflitos sociais e políticos, aparecendo a sentença normativa com o instrumento processual para o desenvolvimento de tais fins (MODUGNO, 1988).

Para que seja assegurada a aplicação da Constituição e para que esta não seja folha morta, há a necessidade de dinamizar mecanismos que, “sem esquecer nem subestimar a autoridade democrática do legislador, assegurem a densidade normativa da Constituição, preservando seu conteúdo axiológico e resguardando sua supremacia” (BAZÁN, 2006, p. 476).

Por isso, a sentença normativa é instrumento que serve para dinamizar a aplicação da Constituição, sendo um estágio inevitável na evolução da jurisdição constitucional. São requisitos concomitantes da sentença normativa: a) omissão ou edição da lei ou ato normativo que contrarie a Constituição; e b) observância da realidade histórica e dos resultados possíveis.

4.2 Omissão ou edição de lei ou ato normativo que contrarie a Constituição

Para que o Supremo Tribunal Federal profira sentença normativa, é necessário, em primeiro lugar, haver omissão ou edição de lei ou ato normativo em contrariedade à Constituição, em sede de controle abstrato, e, excepcionalmente, em sede de controle concreto, no caso de omissão analisada em mandado de injunção coletivo. Como não são em todos os casos de omissão ou ação contrária à Constituição que a decisão do Supremo Tribunal Federal redundará em sentença normativa, impõe-se explicitar as situações.

4.3 A omissão de lei ou ato normativo contrário à Constituição

Sabe-se de antemão que a Constituição pode ser contrariada por omissão de lei ou ato normativo dos poderes políticos e que o constitucionalismo moderno:

[...] implica uma profunda renovação da fórmula do estado de Direito, que tem permitido que ingresse na ordem jurídica um vasto catálogo de direitos e normas materiais que não só pretende limitar o legislador, senão também desenhar linhas fundamentais de convivência em numerosos âmbitos. [...] Além do que, é preciso demarcar o perímetro e a superfície do campo de ação com que conta a judicatura para analisar o quadro situacional que lhe permita detectar a presença das omissões inconstitucionais e decidir a produção dos remédios para superá-las (BAZÁN, 2006, p. 477).

Não é toda omissão de lei ou ato normativo que configura a inconstitucionalidade por omissão. A omissão legislativa deriva “desde logo do não-cumprimento de imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, ou seja, do não-cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da Constituição” (CANOTILHO, 2003, p. 1.034) ¹²⁴.

Na Constituição de 1988, a inconstitucionalidade por omissão está prevista no art. 103, § 2º, que adota fórmula semelhante à prevista no art. 283, n. 2, da Constituição portuguesa, que determina que no momento em que “o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”. Esta declaração não pode ser concedida cautelarmente¹²⁵, mas, uma vez julgada procedente, cabe ao Poder Executivo adotar as medidas necessárias para cumprir a decisão em 30 dias e ao Legislativo tomar providências para sanar o seu comportamento omissivo e inconstitucional. Não há prazo para este produzir a norma exigida. (MARTINS; MENDES, 2001, p. 76).

¹²⁴ Em termos mais genéricos, ocorre a omissão de lei ou ato normativo “nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais que postulam lei ou providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstas se efetivem na prática”. (SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1988. p. 166).

¹²⁵ “Ação direta de inconstitucionalidade cumulada com ação de inconstitucionalidade por omissão. Medida Provisória n. 1.824, de 30.4.99, que instituiu o novo salário mínimo. Alegada ofensa aos arts. 68, § 1º, II; 246; 7º, inciso IV; e 201, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal. Impossibilidade de apreciação da primeira ação, por objetivar resultado incompatível com o interesse dos assalariados, qual seja, a eliminação do mundo jurídico de lei que, mal ou bem, reajustou o salário mínimo. Descabimento, na segunda, de medida cautelar, providência insuscetível de antecipar efeitos positivos inalcançáveis pela própria decisão final.” (ADI n. 1.993/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 16.6.99, publicado no DJ de 28.2.03).

A tarefa do Supremo Tribunal Federal de detectar os requisitos configuradores da inconstitucionalidade por omissão não deve prescindir de um balanço sério e realista das diversas situações em jogo, que são a normatividade e primazia da Constituição.

Desse modo, não pode o Supremo Tribunal Federal aceitar que seja contrariada a supremacia da Constituição pelo Poder Legislativo ou pela autoridade competente para a realização do ato normativo, com o descumprimento das imposições determinadas pela própria Constituição, nem aceitar que estes mesmos Poderes excluam injustificadamente e discriminatoriamente alguns, em benefício de outros, que estariam nas mesmas circunstâncias de igualdade.

4.4 Omissão absoluta ou total, parcial e relativa

Neste momento é importante traçar os tipos de omissões de lei ou ato normativo ocasionados pelo poderes políticos e que contrariam o desenvolvimento constitucional, podendo resultar em sentença normativa.

Para efeito desta investigação, subdividir-se-á a omissão inconstitucional em absoluta ou total, parcial e relativa. Ocorrerá omissão absoluta ou total ante a ausência total de lei ou ato normativo que deveria regular a aplicação de um dispositivo da Constituição. A omissão parcial ocorrerá quando uma determinação constitucional for tratada de maneira insuficiente pelo legislador ou pela autoridade competente para fixar o ato normativo. Já a omissão relativa ocorrerá quando a lei ou ato normativo criado para obedecer ao mandamento constitucional favorecer certos grupos e esquecer outros, ou acordar vantagens a uns que não são dispensadas a todos na mesma situação. Na omissão relativa, o legislador ou a autoridade competente encarregada de efetivar o cumprimento do mandamento constitucional produz um resultado discriminatório e/ou arbitrário, contrariando o princípio da igualdade. Barroso (2006) subdivide a omissão parcial em relativa ou parcial propriamente dita. Assegura que:

[...] na omissão parcial propriamente dita, a norma existe, mas não satisfaz plenamente o mandamento constitucional, por insuficiência ou deficiência de seu texto. É o que ocorre, por exemplo, com a lei que institui o salário

mínimo em patamar incapaz de atender aos parâmetros impostos pelo art. 7º, IV, da Constituição. Por outro lado, a omissão será relativa quando um ato normativo outorgar a alguma categoria de pessoas determinando benefício, com exclusão de outra ou outras categorias que deveriam ter sido contempladas, em violação ao princípio da isonomia. Exemplo típico é a concessão de reajuste a servidores militares, sem estendê-lo aos civis, ao tempo em que a Constituição impunha o tratamento paritário (BARROSO, 2006, p. 224).

Nos casos de omissão absoluta ou total e parcial, cabe a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente solução prescrita pelo art. 103, § 2º, da Constituição de 1988, ou seja, a ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Realmente, esta não é a melhor solução para concretizar a Constituição, pois, regra geral, o Poder Legislativo não cumpre a determinação do Supremo Tribunal Federal para suprir a omissão total e parcial.¹²⁶ Este fato é grave, pois o não-cumprimento de uma determinação da Corte Suprema acarreta a ruptura da força institucional do defensor da Constituição (MARTINS; MENDES, 2001).

Nos casos de omissão absoluta ou total e parcial, em que a parte interessada ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade por ato omissivo, não poderá ser proferida sentença normativa, pois a Constituição limita a atuação do Supremo Tribunal Federal, determinando que esta apenas cientifique os órgãos legisladores para que supram a omissão inconstitucionalmente declarada.

4.5 A edição de lei ou ato normativo contrário à Constituição

A Constituição também poderá ser afrontada por conduta comissiva direta. Neste caso, a lei ou ato normativo violam preceito constitucional expreso. Cabe, portanto, ação direta de inconstitucionalidade por conduta comissiva por lei ou ato normativo que contraria diretamente a Constituição Federal.

No controle concentrado abstrato, em conformidade com a própria Constituição, a Lei n. 9.868/99 e a Lei n. 9.882/99, há situações em que o Supremo

¹²⁶ É de “sabença geral que na prática esse expediente não funciona e além do mais é de duvidosa concretude”. Voto do Min. Maurício Corrêa in ROMS n. 22.307-7/DF, rel. Min. Marco Aurélio, decisão de 19.2.97, publicada no DJ de 13.6.97, ement. n. 1.873-03).

Tribunal Federal age como legislador positivo por meio de sentença normativa, no âmbito de lei ou ato normativo que violam expressamente a Constituição. Essas situações se vislumbram nos seguintes casos: a) modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade; b) interpretação conforme a Constituição com redução teleológica; c) a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, por meio da interpretação conforme a Constituição com redução teleológica.

4.6 Interpretação conforme à Constituição

A interpretação conforme a Constituição no controle concentrado abstrato pode ocorrer na declaração de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, estipulada no art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99¹²⁷, e na arguição de descumprimento de preceito fundamental, regulada pela Lei n. 9.882/99.

Num primeiro momento, pode parecer discrepante falar-se em interpretação conforme à Constituição na declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no entanto, “o recurso ao princípio da interpretação em conformidade com a Constituição envolve, nestes casos, o repúdio de uma certa interpretação da lei e, nessa medida, contém simultaneamente uma decisão de inconstitucionalidade (expressa ou tácita)” (MEDEIROS, 1999, p. 298).

Ressalta-se que “a interpretação conforme à Constituição levava sempre no direito brasileiro à declaração de constitucionalidade da lei. Porém, há hipóteses em que esse tipo de interpretação pode levar a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto” (MARTINS; MENDES, 2001, p. 294; STRECK, 2004, p. 482).

Em sentido restrito, a interpretação conforme à Constituição “não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição” (BONAVIDES, 2006, p. 474). Este princípio consiste em que “uma lei não tem de ser declarada nula quando pode ser interpretada em consonância com a Constituição” (HESSE, 1983, p. 53-54). Neste caso, não deve ser determinante a vontade subjetivo do legislador, mas deve ser “mantido o máximo daquilo que desejou” (HESSE, 1983, p. 54). Pretende-se, com a interpretação conforme a Constituição, seja mantida “a primazia do legislador na concretização da Constituição” e “quanto mais corrija o tribunal ao legislador, mais se aproxima aquele dos limites jurídico-funcionais da interpretação conforme” (HESSE, 1983, p. 55 e 56). No caso de se ter “duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição” (MARTINS; MENDES, 2001, p. 294).

¹²⁷ “Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

Canotilho (2003) ressalva que a interpretação conforme a Constituição não é um simples princípio de conservação de normas, ou seja, uma norma não deve ser considerada inconstitucional enquanto puder ser interpretada em consonância com a Constituição, mas sim um “instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõem o recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei” (CANOTILHO, 2003, p. 1.310).

Partindo-se deste pressuposto, o juiz constitucional não deve interpretar a Constituição por sua letra ou por sua origem histórica, porque corre o risco do esclerosamento da norma constitucional e da perda de sua eficácia perante a realidade (BERTI, 2001) ¹²⁸.

É importante ressaltar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, regra geral, na interpretação conforme a Constituição propriamente dita se efetivará por meio de sentença interpretativa. Entende-se por sentença interpretativa aquela que “se limita a eliminar do ordenamento um significado normativo inconstitucional de uma disposição que permanece intacta, incidindo sobre o texto, corrigindo-a ou reestruturando-a” (MODUGNO, 1985, p. 537).

Quando a interpretação conforme a Constituição se efetiva por meio de sentença interpretativa, a Corte Constitucional não cria norma geral e abstrata, apenas elimina um significado normativo inconstitucional, escolhendo o melhor dentre aqueles vários sentidos que o texto da lei pode conter conforme à Constituição. Diversamente, a interpretação conforme à Constituição se concretiza por meio de sentença normativa quando o texto de lei, não sendo eliminado, é recriado ou quando se lhe acrescenta um novo sentido diverso daquele originário. Em suma, a interpretação conforme à Constituição, no controle concentrado abstrato, consiste em uma das situações configuradoras da sentença normativa, somente quando houver a recriação de norma geral e abstrata por meio do recurso à redução teleológica.

¹²⁸ Neste sentido: ZAGREBELSKY, Gustavo. Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto, p. 76.

4.7 A interpretação conforme à Constituição e a interpretação conforme à Constituição com redução teleológica

A interpretação conforme à Constituição pode ser aplicada pelo Supremo Tribunal Federal tanto para que se escolha qual o melhor sentido, dentre tantos de uma lei ou ato normativo, que se adapta à Constituição – interpretação conforme à Constituição propriamente dita -, como também, excepcionalmente, para se (re) criar ou se acrescentar um novo sentido diverso daquele que o texto originário induziria – interpretação conforme à Constituição com redução teleológica. No primeiro caso, quando o Supremo Tribunal Federal escolhe um dentre os vários sentidos de uma lei ou ato normativo ante a Constituição, profere sentença interpretativa, enquanto, no segundo caso, quando cria ou recria um sentido diverso daquele originado pelo legislador, conformando a lei à Constituição, profere sentença normativa.

Pode parecer tênue (COLAPIETRO, 1990; MEDEIROS, 1999) a diferença entre a interpretação conforme à Constituição em que se escolhe um dos vários sentidos que a lei ou ato normativo pode ter perante a Constituição, analisando-se sua sistematização diante do ordenamento jurídico, daquela interpretação conforme à Constituição em que o Supremo Tribunal Federal recria ou cria algo diverso daquele que o legislador dispôs, com o objetivo de que a lei ou ato normativo se conforme à Constituição. Mas não o é. Aliás, na Itália, a doutrina quer fazer crer que a diferença é sutil para que “o salto à sentença normativa não seja tão traumático e assim bem-aceito” (ELIA, 1985, p. 307).

Sem identificar-se com o decisionismo judicial, prática a ser combatida, há autores que reconhecem ampla criatividade em toda aplicação da interpretação conforme à Constituição, como é o caso de Streck (2004, p. 422), que admite a “função intervencionista do Poder Judiciário para pôr freios à liberdade de conformação do legislador de índole liberal-clássica”, também reconhecendo esta função intervencionista na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Mello (2004, p. 222) adverte que a “técnica da interpretação conforme pode operar, ao mesmo tempo, como técnica de deferência ao legislador (presunção de constitucionalidade das leis) e como instrumento de ativismo judicial”. Rui Medeiros (1999, p. 300) também leciona que “ninguém ignora que a interpretação conforme à

Constituição se pode converter num meio de os órgãos de controle se substituírem ao legislador”.

Canotilho (2003, p. 1.311) entende que os limites da interpretação conforme à Constituição estão “na letra e na clara vontade do legislador”, devendo “respeitar-se a economia da lei”, mas afirma que não pode haver “a ‘reconstrução’ de uma norma que não esteja devidamente explícita no texto”. E mais:

[...] a alteração do conteúdo da lei através da interpretação pode levar a uma usurpação de funções, transformando os juizes em legisladores ativos. Se a interpretação conforme à Constituição quiser continuar a ser interpretação, ela não pode ir além dos sentidos possíveis, resultantes do texto e do fim da lei. Por outras palavras: a interpretação conforme à Constituição deve respeitar o texto da norma interpretada e os fins prosseguidos através do ato normativo sujeito a controle (CANOTILHO, 2003, P. 1.311).

Já Sampaio leciona que toda interpretação conforme à Constituição constitui sentença normativa, pois “importa a exclusão de interpretações inconstitucionais da norma impugnada e sua redução ao único significado à Constituição” (SAMPAIO, 2002, p. 208).

As posturas contraditórias da doutrina decorrem da confusão entre dois diferentes tipos de interpretação conforme à Constituição, quais sejam, a interpretação conforme propriamente dita e a interpretação conforme com redução teleológica, como anteriormente explicitado.

O diferencial entre os dois casos de interpretação conforme à Constituição está na identificação, segundo ensinamento de Larenz, “do sentido literal possível e do contexto significativo da lei” (LARENZ, 1997, p. 481). Isto consiste em afirmar que a interpretação conforme propriamente dita será proferida por meio de sentença interpretativa, enquanto a interpretação realizada estiver centrada no sentido literal possível e no contexto significativo da lei; ultrapassando este limite, a interpretação conforme é efetivada por meio de sentença normativa, com aplicação do método da redução teleológica.

Inicialmente, devem-se arrolar os vários sentidos possíveis de uma lei ou ato normativo, para, em seguida, constatar quando o Supremo Tribunal Federal estará procedendo à interpretação conforme à Constituição propriamente dita ou quando estará criando norma com sentido diverso daqueles sentidos possíveis, resultantes da lei. Este limite entre a interpretação conforme à Constituição propriamente dita e

a interpretação conforme com redução teleológica se configura, em primeiro lugar, com a análise do sentido literal da lei ou ato normativo e, em segundo lugar, com a análise do contexto significativo da lei ou ato normativo. Entende-se por sentido literal da lei ou ato normativo:

[...] o arrimo ao uso lingüístico que é o mais evidente, porque se pode aceitar que aquele que quer dizer algo usa as palavras no sentido em que comumente são entendidas. O legislador serve-se da linguagem corrente porque e na medida em que se dirige ao cidadão e deseja ser entendido por ele. Para além disso, serve-se em grande escala de uma linguagem técnico-jurídica especial, na qual ele se pode expressar com mais precisão, e cujo uso o dispensa de muitos esclarecimentos circunstanciais. No entanto, esta linguagem técnica se apóia na linguagem geral, uma vez que o Direito, que a todos se dirige e a todos diz respeito, não pode renunciar a um mínimo de compreensibilidade geral. [...] A linguagem jurídica é um caso especial da linguagem geral, não é uma linguagem simbolizada, completamente desligada dela (LARENZ, 1997, p.451).

Quando há a interpretação conforme à Constituição propriamente dita, o intérprete encontrará um número maior ou menor de significados possíveis e de variantes de significado da lei ou ato normativo perante a Constituição, utilizando-se da conexão do seu integral significado, da intenção reguladora do legislador e da estrutura do setor material regulado (LARENZ, 1997). A interpretação conforme propriamente dita está ligada ao uso lingüístico das palavras e à linguagem jurídica dos termos já inseridos no conhecimento do intérprete, como, por exemplo, os termos que obtiveram na linguagem jurídica um significado específico, como:

Contrato, crédito, impugnabilidade, nulidade de um negócio jurídico, herança, legado, que são usados nas leis, na maioria das vezes, com este significado especial. Deste modo eliminam-se inúmeras variantes de significado do uso lingüístico geral e o círculo dos possíveis significados, adentro do qual se há de proceder à seleção com base noutros critérios, estreita-se em grande medida (LARENZ, 1997, 452).

O sentido literal possível que se extrai do uso lingüístico geral, especial ou jurídico geral é o primeiro limite da interpretação conforme a Constituição propriamente dita, pois “aquilo que está para além do sentido possível e que já não é com ele compatível, mesmo na mais ampla interpretação, não pode valer como conteúdo da lei” (LARENZ, 1997, p. 485).

O segundo limite da interpretação conforme à Constituição propriamente dita é o contexto significativo da lei ou do ato normativo, propondo que, dentre várias interpretações possíveis, deve ter prevalência aquela que possibilita a garantia da

concordância material do ordenamento (LARENZ, 1997). O contexto significativo da lei ou do ato normativo, portanto, deverá ser utilizado para a competência sistêmica do ordenamento jurídico.

Ultrapassados estes dois limites da interpretação à Constituição propriamente dita, quais sejam, o sentido literal possível e o contexto significativo da lei ou do ato normativo, estará o Supremo Tribunal Federal atuando como legislador positivo, ou seja, estará interpretando conforme à Constituição com redução teleológica, criando norma com algo a mais ou com sentido diverso daquele originalmente determinado no texto pelo legislador.

O Supremo Tribunal Federal interpreta conforme à Constituição com redução teleológica, excepcionalmente, com o fim de preservar a Constituição, pois é seu guardião¹²⁹.

Ultrapassados o sentido literal possível e o contexto significativo da lei, o Supremo Tribunal Federal pode restringir o alcance da lei conforme à Constituição “se da intenção do legislador se preserva o máximo do que, segundo a Constituição, se pode preservar” (LARENZ, 1997, p. 481).

A restrição do alcance da lei ou do ato normativo conforme à Constituição trata-se de redução teleológica, que consiste no desenvolvimento do Direito conforme à Constituição. Nesta situação, verificar-se-á uma:

[...] lacuna oculta em que uma regra legal, contra o seu sentido literal, mas de acordo com a teleologia imanente à lei, precisa de uma restrição que não está contida no texto legal. A integração de uma tal lacuna efetua-se acrescentando a restrição que é requerida em conformidade com o sentido. Visto que com isso a regra contida na lei, concebida demasiado amplamente segundo o seu sentido literal, se reconduz e é reduzida ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação ou a conexão de sentido da lei, falamos de uma redução teleológica (LARENZ, 1997, p. 556).

Como a redução teleológica é a integração da lacuna oculta acrescentando uma restrição à lei ou ao ato normativo, o Supremo Tribunal Federal, quando ultrapassados o sentido literal possível e o contexto significativo da lei ou ato

¹²⁹ Para Streck, o instituto da interpretação conforme e os demais mecanismos hermenêuticos não têm o condão de transformar o Poder Judiciário em legislador positivo. Ensina, in verbis: “Quando se adiciona sentido ou se reduz o sentido (ou a própria incidência da norma), estar-se-á fazendo algo que vai além ou aquém do texto da lei, o que não significa que o Tribunal estará legislando. Pelo contrário. Ao adaptar o texto legal à Constituição, a partir dos diversos mecanismos interpretativos existentes, o juiz ou Tribunal estará tão-somente cumprindo sua tarefa de guardião da

normativo, decide por meio de sentença normativa na interpretação conforme à Constituição, ou seja, atua como legislador positivo. Verificado o caso de lacuna oculta, que consiste na ausência de uma restrição, pois “a lei contém precisamente uma regra aplicável a casos de espécie, mas que, segundo o seu sentido e fim, não se ajusta a este determinado grupo de casos, porque não atende à sua especificidade, relevante para a valoração” (LARENZ, 1997, p. 535), haverá o preenchimento desta lacuna por meio de uma sentença normativa, que permite o desenvolvimento do Direito “superador” da lei (LARENZ, 1997).

Larenz (1997) associa o comportamento da redução teleológica em relação à interpretação restritiva do mesmo modo que a analogia em relação à interpretação extensiva¹³⁰.

Dentre tantos exemplos esclarecedores da interpretação conforme com redução teleológica, pode-se lembrar aquele em que o Tribunal Federal suíço restringiu o termo destruir, na condenação penal, no caso de objetos pornográficos apreendidos. A questão envolvia a apreensão de relevos e estampas japoneses artisticamente valiosos. Na decisão do Tribunal Federal suíço, foi entendido que destruir objetos de arte valiosos configurava ato demasiadamente exasperado e, portanto, tais bens foram cedidos a um museu de arte com a imposição de torná-los acessíveis unicamente aos *experts* em arte. O Tribunal Federal suíço “não interpretou a lei, mas corrigiu-a pela via de uma redução teleológica ao princípio da proporcionalidade” (LARENZ, 1997, p. 563-564). Em conformidade com o teor do estudo em discussão, a decisão do Tribunal Federal suíço exemplifica conforme à Constituição com redução teleológica, por meio de sentença normativa, em que foi acrescida uma restrição ao sentido literal da lei.

constitucionalidade das leis.” (STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica, p. 574-575)

¹³⁰ “Assim como a justificação da analogia radica no imperativo de justiça de tratar igualmente os casos iguais segundo o ponto de vista valorativo decisivo, também a justificação da redução teleológica radica no imperativo de justiça de tratar desigualmente o que é desigual, quer dizer, de proceder às diferenciações requeridas pela valoração. Estas podem ser exigidas ou pelo sentido e escopo da própria norma a restringir ou pelo escopo, sempre que seja prevalecente, de outra norma que de outro modo não seria atingida, ou pela ‘natureza das coisas’ ou por um princípio imanente à lei prevalecente num certo grupo de casos. Assim como, de vez em quando, pode resultar da lei uma proibição de analogia – a saber, quando a regulação legal pretende ser exaustiva, quer dizer, que está justificado um argumento a contrario -, também o pode uma proibição de redução teleológica e isto, na verdade, quando um interesse preponderante de segurança jurídica exige manter o limite do sentido literal possível. Se é este o caso, há de indagar-se, uma vez mais, em primeiro lugar, pela via da interpretação.” (LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito, p. 564).

Os exemplos de interpretação conforme à Constituição por meio de sentença normativa no Supremo Tribunal Federal serão analisados mais adiante. O importante é ressaltar que a interpretação conforme à Constituição com redução teleológica realizada pela Corte Suprema deve atuar sobretudo para restringir a aplicação da lei quando esta afeta os direitos fundamentais.

4.8 A declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, por meio de interpretação conforme à Constituição com redução teleológica

O art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99, determina que: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

O Supremo Tribunal Federal, em suas decisões sobre a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, utiliza-se de dois parâmetros. O primeiro, equiparando a declaração parcial sem redução de texto à interpretação conforme à Constituição¹³¹; e o segundo, em que é concedida autonomia à declaração parcial sem redução de texto como técnica de decisão. O mais comum, no entanto, é o primeiro parâmetro.

As decisões consubstanciadoras de declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive aquelas que importem em interpretação conforme à Constituição e em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto,

¹³¹ “Interpretação conforme ao caput do art. 57, da Lei Orgânica do Distrito Federal, na redação dada pelo art. 1º, da Emenda n. 9/96, para que se esclareça que a representação judicial do Poder Legislativo do Distrito Federal pela Procuradoria-Geral da Câmara Distrital se limita aos casos em que esta casa compareça em juízo em nome próprio.” (ADI n. 1.557-5/DF, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 31.3.04, publicado no DJ de 18.6.04). “O Tribunal, por unanimidade, apreciando a questão do princípio da anterioridade, deferiu, em parte, a cautelar para, mediante interpretação conforme à Constituição e sem redução de texto, afastar a eficácia do art. 7º, da Lei Complementar n. 102, de 11 de julho de 2000, no tocante à inserção do § 5º, do art. 20, da Lei Complementar n. 87/96, e às inovações introduzidas no art. 33, II, da referida lei, bem como à inserção do inciso IV. Observar-se-á, em relação a esses dispositivos, a vigência consentânea com o dispositivo constitucional da anterioridade, vale dizer, terão eficácia a partir de 1º de janeiro de 2001.” (ADI-MC n. 2.325/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 23.9.04, publicado no DJ de 6.10.06). No mesmo sentido: ADI n. 2.884/RJ, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21.12.04, publicado no DJ de 20.05.05; ADI n. 1.695/PR, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento de 3.3.04, publicado no DJ de 28.5.04.

quando proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de fiscalização normativa abstrata, revestem-se de eficácia contra todos – *erga omnes*. Além disso, estas decisões possuem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e Tribunais, bem assim em face da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, impondo-se, em consequência, a necessária observância de tais órgãos estatais, que deverão adequar-se em seus pronunciamentos ao que a Suprema Corte, em manifestação subordinante, houver decidido¹³².

Streck (2004) ensina que a interpretação conforme à Constituição, juntamente com a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, são “mecanismos aptos a fazer cumprir – no limite – a função ‘intervencionista’ do Poder judiciário, para pôr freios ‘à liberdade de conformação do legislador’ de índole liberal clássica, no interior da qual se concebe a Constituição apenas em seu aspecto formal, sendo o seu texto entendido tão-somente como um anteparo do cidadão contra a arbitrariedade do Estado (STRECK, 2004, p. 572).

A declaração parcial sem redução de texto poderá ocorrer tanto na declaração de constitucionalidade quanto na de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Em ambas as situações, valem os mesmos critérios utilizados na interpretação conforme à Constituição do item anterior, no que diz respeito à pronúncia do Supremo Tribunal Federal por meio de sentença normativa. Ou seja, quando a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto for cumulada com a interpretação conforme propriamente dita, o Supremo Tribunal Federal proferirá sentença interpretativa, quando for cumulada com a interpretação conforme com redução teleológica, o Supremo Tribunal proferirá sentença normativa.

Além dos requisitos da omissão ou edição de lei ou ato normativo contrário à Constituição até aqui explicitados, para se justificar a sentença normativa também necessária se faz a observância da realidade histórica e do resultado possível.

¹³² Recl-AgR n. 2.143/SP, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12.3.03, publicado no DJ de 6.6.03.

4.9 Observância do processo histórico e do resultado possível

O direito é um processo histórico evolutivo, expressão da moralidade costumeira, que se desenvolve, silenciosa e inconscientemente, de uma época para outra. Esta é a grande verdade da teoria de Savigny sobre a origem do direito (CARDOZO, 1956, p. 59).

Esta verdade se vislumbra com a mudança de paradigma do Estado Legislativo, que consistia na primazia da lei perante a Administração, a jurisdição e os cidadãos, prevalência do princípio da legalidade, para o Estado Democrático de Direito, que pressupõe a existência de uma Constituição com a grande tarefa da distinção clara “entre a lei, como regra estabelecida pelo legislador, e os direitos humanos, como pretensões subjetivas absolutas, válidas por si mesmas com independência da lei” (ZAGREBELSKY, 1992, p. 57).

4.9.1 A realidade histórica

A lei sob o ponto de vista histórico modificou-se e

[...] já não é expressão ‘pacífica’ de uma sociedade política internamente coerente, mas manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social; não é o final, mas a continuação de um conflito; não é um ato impessoal, geral e abstrato, expressão de interesses objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizados, mas um ato personalizado (no sentido de que provém de grupos de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificados) que persegue interesses particulares. A lei, em suma, já não é a garantia absoluta e última da estabilidade, sendo que a mesma se converte em instrumento e causa instabilidade (ZAGREBELSKY, 1992, p. 45).

A acentuada perda de sentido e a incoerência da lei e de outras fontes do direito, que se traduzem pela crise da ideia de código e pela crise do princípio da legalidade possibilitaram o advento do Estado Democrático de Direito. Desse modo, as Constituições dos Estados Democráticos de Direito têm como objetivo a reconstrução dos efeitos destrutivos dos ordenamentos jurídicos mecanizados, mediante o

[...] restabelecimento de uma noção de direito mais profunda do que aquela conduzida pelo positivismo legislativo. Como a unidade já não é um dado do qual se possa simplesmente tomar-se nota, pois se converteu em um difícil problema, a antiga exigência de submeter a atividade do executivo e dos juizes a regras gerais e estáveis se estende até alcançar a própria atividade do legislador. Está aqui, então, a oportunidade de resumir dita unidade em um conjunto de princípios e valores constitucionais superiores sobre os quais, apesar de tudo, existe um consenso social suficientemente amplo. [...] A lei, que a seu tempo foi medida exclusiva de todas as coisas no campo do direito, cede assim passagem à Constituição e se converte ela mesma em objeto de mediação. É destronada em favor de uma instância mais alta. E esta instância mais alta assume agora a importantíssima função de manter unidas e em paz sociedades inteiras antes divididas e concorrentes. Uma função inexistente em outro tempo, quando a sociedade política estava, e se pressupunha que era em si mesma, unida e pacífica. Na nova situação, o princípio de constitucionalidade é o que deve assegurar a consecução deste objeto de unidade. [...] (ZAGREBELSKY, 1992, p. 48-49).

O que se espera atualmente de um Estado Democrático de Direito é que a democracia vinculada à regra da maioria se associe a um conjunto de direitos capazes de assegurar uma esfera ética de realização da igualdade e da dignidade. Para se evitar a “ditadura da maioria é necessário garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição os mecanismos que asseguram estes direitos e os procedimentos que resguardam a própria democracia” (CLÈVE, 2000, p. 22).

Neste sentido, a sentença normativa proferida pelo Supremo Tribunal Federal é um mecanismo que assegura a concretização da Constituição mediante a garantia dos direitos fundamentais. E isto somente ocorre porque o Poder Legislativo, em variadas circunstâncias, é incapaz de compatibilizar os princípios consagrados na Constituição quando efetiva seu poder-dever de legislar. Se o Poder Legislativo editasse leis adequadas à Constituição e não fosse inerte em seu poder-dever de legislar, nos casos definidos pela Constituição, a atuação do Poder Judiciário se resumiria: a de intérprete no caso de falta da reprodução implícita de uma norma particular, facilmente integrável pelo juiz constitucional, pelos meios normais da técnica hermenêutica e a de intérprete no caso de exclusão explícita da disposição legislativa particular, com a conseqüente sentença anulatória (SILVESTRI, 1993). Mas não é o que ocorre.

Porque cabe ao Supremo Tribunal Federal a defesa da Constituição, este órgão não deve manter uma lei inconstitucional e também não pode aguardar até que o Poder Legislativo edite uma nova lei, tolerando neste período a violação da Constituição e, conseqüentemente, a violação dos direitos da pessoa humana.

Dito isso, cumpre agora analisar a observância da realidade histórica e dos resultados possíveis, tanto nos casos daquelas sentenças normativas do Supremo Tribunal Federal que podem redundar em aumento de despesas ao Estado¹³³, quanto nas demais sentenças normativas que concretizam a Constituição e que não geram custos ao erário.

Primeiramente, é importante ressaltar o que se quer dizer com a observância da realidade histórica e dos resultados possíveis como condição para a prolação da sentença normativa.

A Corte Suprema, ao defender a Constituição, não pode esquecer-se da realidade histórica em que a sociedade brasileira vive. Não pode querer desempenhar o papel do Poder Legislativo, nem do Poder Executivo, mas deve implementar o desenvolvimento da Constituição. Acima de tudo, não pode querer transformar a aplicação da Constituição em um mito ou em uma fantasia desvinculada da realidade estrutural, atuando como uma espécie de “ditadura judicial”.

4.9.2 O resultado possível: disponibilidade de recursos

Não se pode olvidar de que a grande responsabilidade conferida pelo constituinte, assegurando ao Supremo Tribunal Federal a defesa da Constituição, inclui também o encargo da Corte no problema que é a disponibilidade de recursos.

Sabe-se que a sentença normativa pode gerar custos ao erário, o que pode redundar na problemática da disponibilidade de recursos. Na estrutura política brasileira, o único Poder do Estado que arrecada receita, capaz de suprir as necessidades da sociedade e da estrutura organizacional dos restantes Poderes, é o Poder Executivo. Sabe-se, igualmente, o tormento por que passam os administradores públicos municipal, estadual e federal com relação ao seu comprometimento com as despesas públicas já existentes, quando assumem o governo, como no caso das despesas correntes além daquelas despesas já

¹³³ Zagrebelsky conceitua este tipo de decisão como “sentença constitucional de despesa”. ZAGREBELSKY, Gustavo. Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzional. In: Corte Costituzionale – Le sentenze della Corte Costituzionale e l’art. 81, U.C., della Costituzione, p. 99.

destinadas constitucionalmente, podendo-se citar o art. 212, da Constituição de 1988, que determina ser a União obrigada a aplicar, “anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

Nada mais justo que a estipulação de percentuais para gastos do Estado com suas obrigações essenciais, como educação, saúde, segurança pública, etc. Em conseqüência, há uma redução nos recursos disponíveis para outros investimentos. Além disso, há a incidência de graves problemas na gestão pública, ou por incapacidade técnica dos administradores públicos, ou pela corrupção, entre tantos outros fatores. Mas o administrador público possui o encargo da escolha, da discricionariedade. Quando efetiva esta escolha, deve sempre ter como norte a Constituição. Este critério vale também para o legislador. Ambos deverão ter como norte a realização dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição.¹³⁴ Quando o administrador público e o legislador não aplicam a Constituição em suas esferas de atuação, cabe ao juiz constitucional intervir nos casos em que houver a propositura de ação específica. E, em vários casos, as sentenças proferidas pelo juiz constitucional provocam custos ao erário.

Tratar-se-á, neste tópico, das sentenças normativas geradoras de custos ao erário, consistentes na execução de direito (ZAGREBELSKY, 1993), pois vinculam a administração pública com efeitos *erga omnes* e geram gastos imediatos. De outro modo, as sentenças proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que tutelam especificamente as situações subjetivas, conferindo efeitos inter partes e a conseqüente execução de sentença (ZAGREBELSKY, 1993), são pagas por meio de precatórios vinculados a cada ente estatal.

O tema dos custos das decisões proferidas pelo juiz constitucional é bastante amplo e problemático, eis que envolve gasto público sem a anuência do Poder Legislativo e do chefe do Poder executivo, que são os competentes para instituir despesas públicas. Portanto, como compatibilizar a correção das desobediências destes mesmos Poderes, que se omitem direta ou indiretamente na

¹³⁴ A igualdade se expressa na garantia de condições idênticas asseguradas ao sujeito de direito em igualdade de condições com outro e na vedação de privilégios: a lei é igual para todos e todos são iguais perante a lei (Voto do Min. Eros Grau, na ADI n. 3.105, rel. p/ acórdão: Min. Cezar Peluso, julgamento em 18.8.04, publicado no DJ de 18.2.05).

aplicação dos dispositivos constitucionais, afetando os direitos fundamentais, sem inviabilizar as contas públicas?

Apesar de já firmado, é importante ressaltar que as sentenças normativas em que se estendem benefícios a todos em igualdade de condições, no caso de omissão relativa, configuram-se em execução de direito, ou seja, são implementadas imediatamente ou em momento definido pela própria sentença, pois criam normas gerais e abstratas; atuam em situações em que o Poder Legislativo e o Poder Executivo deveriam agir em conformidade com a Constituição, mas assim não fizeram. Diferentemente, as sentenças proferidas no controle difuso, que deverão ingressar na lista dos precatórios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, são o resultado da execução de sentença, que cria norma individual com efeitos inter partes.

O problema fundamental que se vislumbra é o da repercussão financeira no caixa dos entes estatais das decisões proferidas por meio de sentença normativa. Por isso é que se afirma a necessidade de o Supremo Tribunal Federal, quando proferir sentença normativa, observar a realidade histórica e os resultados possíveis, cercado-se de todos os cuidados para saber quais são seus reflexos nas contas públicas. Estes cuidados se dariam por meio da análise das leis orçamentárias: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual dos entes estatais envolvidos na causa, além da análise de técnicos orçamentários, peritos contadores, médicos, psicólogos (estes dois últimos nos casos que envolvam o direito à vida e à integridade física e psíquica da pessoa humana, etc.), podendo inclusive ser fixada audiência pública, conforme determina o art. 9º, §§ 1º e 3º, da Lei n. 9.868/99¹³⁵, e art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.882/99.¹³⁶ Uma das situações em que podem ser utilizados estes procedimentos são as de sentenças normativas aditivas, em que a lei é inconstitucional na parte na qual não previu alguma coisa que deveria ter previsto, provocando com isto a omissão relativa.

¹³⁵ Lei n. 9.868/99 – “Art. 9º [...] § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. § 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.”

¹³⁶ Lei n. 9.882/99 – “Art. 6º [...] § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejarem a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

Nunca é demais repisar que à sociedade deve ser garantido o não retrocesso social, que consiste na manutenção de direitos fundamentais de prestações que já foram consolidados pelo poder político e que não devem ser eliminados. Os direitos dos cidadãos a uma participação igual nas prestações concretizadas por lei, segundo a medida das capacidades existentes, devem ser respeitados. À medida que o Estado assume como sua responsabilidade a instituição de educação, saúde, segurança, transportes, seguridade social, etc., por meio das prestações, não pode simplesmente eliminá-las sem a devida compensação ou a alternativa de substituí-las (CANOTILHO, 2003).

Partindo deste pressuposto, o Supremo Tribunal Federal também poderá assegurar, por meio de sentença normativa, o direito fundamental de prestação já consolidado e que foi excluído por lei, uma vez que a escolha do administrador público e do legislador em reduzir gastos não pode excluir direitos já consagrados. Estes direitos implementados pelo poder político, como inseridos no orçamento, não podem ser arbitrariamente excluídos, sob alegação de qualquer tipo. Com esta medida se evita o retrocesso social.

O que se quer dizer é que é legítima a prolação de sentença normativa na hipótese de direitos fundamentais de prestação que já estão inseridos no plano plurianual dos entes estatais e que foram excluídos da lei de diretrizes orçamentárias e/ou da lei orçamentária anual daquele ente. Neste caso, entende-se cabível a ação direta de inconstitucionalidade da lei de diretrizes orçamentárias e/ou da lei orçamentária anual, em virtude do retrocesso social dos direitos implementados no plano plurianual. Explica-se: tanto as receitas quanto as despesas públicas estão inseridas no plano plurianual dos entes públicos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios; o plano plurianual consiste em lei orçamentária de hierarquia especial, que serve de instrumento normatizador das ações e políticas públicas dos entes federados, possuindo duração mínima de quatro anos, e contém todos os planos e programas estatais que dizem respeito, inclusive, aos direitos fundamentais de prestação (art. 165, § 4º, da Constituição de 1988).¹³⁷ Isto ocorre porque o planejamento de médio prazo e de definição das macro orientações dos governos federal, estadual, do Distrito Federal e municipal

¹³⁷ Constituição Federal – “Art. 165. [...] § 4º Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.”

para as ações públicas deve estar inserido no plano plurianual, conforme define o art. 165, § 1º,¹³⁸ A lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária completam o orçamento dos entes estatais, anualmente (art. 165, §§ 2º e 5º).¹³⁹ Dessa forma, os direitos fundamentais de prestação inseridos como programas ou planos de governo no plano plurianual não podem simplesmente ser excluídos da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual, sem a flagrante infringência ao princípio do não-retrocesso social.

Caberia, no caso acima analisado, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão relativa da lei orçamentária e/ou da lei de diretrizes orçamentárias, pela exclusão dos direitos fundamentais de prestação já consolidados no plano plurianual. O Supremo Tribunal Federal, em caso deste gênero, estenderia à lei orçamentária e/ou à lei de diretrizes orçamentárias, por meio de sentença normativa, os direitos excluídos arbitrariamente pelo poder político, uma vez que os direitos fundamentais de prestações já inseridos no plano plurianual, conforme o disposto no art. 165, §§ 1º e 4º, da Constituição de 1988, tornam-se obrigatórios.

Não se pode alegar que há efeitos concretos nas leis orçamentárias e por isso não caberia ação direta de inconstitucionalidade.¹⁴⁰ Busca-se, neste caso, a guarda da ordem constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no que a lei orçamentária estaria violando diretamente o art. 1º, III, e o art. 165, §§ 1º e 4º, ambos da Constituição de 1988. Não se pode alegar também que não convém o

¹³⁸ Constituição Federal – “Art. 165. [...] § 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.”

¹³⁹ Constituição Federal – “Art. 165. [...] § 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. [...] § 5º A lei orçamentária anual compreenderá: I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder público; II – o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.”

¹⁴⁰ Com se depreende da Adi n. 2.100/RS, rel. Min. Néri da Silveira, relator p/ acórdão: Min. Nelson Jobim, julgamento em 17.12.99, publicado no DJ de 1º. 6.01, que assim decidiu: “Constitucional. Lei de Diretrizes Orçamentárias. Vinculação de percentuais e programas. Previsão da inclusão obrigatória de investimentos não executados do orçamento anterior ao novo. Efeitos concretos. Não se conhece de ação quanto a lei desta natureza. Salvo quando estabelecer norma geral e abstrata. Ação não conhecida.”

controle concentrado relativamente à lei orçamentária em razão de que esta teria ficado no âmbito da opção política, porque os §§ 1º e 4º, do art. 165, da Constituição de 1988, são expressos quando criam a vinculatividade do plano plurianual em que constam os planos e programas de duração continuada, nos quais estão inseridos os direitos fundamentais de prestação. Além do que, é obrigação do Estado cumprir os planos e programas inseridos em seu plano plurianual, sob pena de esta lei converter-se em uma ilusão, quanto mais quando se diz aos direitos de prestação já consolidados.

Em voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.925-8, foi tocado no ponto-chave da questão, quando se afirmou que: “Se entendermos caber a generalização, afastando por completo a possibilidade do controle concentrado, desde que o ato impugnado seja lei orçamentária, terminaremos por colocar a lei orçamentária acima da Carta da República. Por isso, a meu ver, há de se distinguir caso a caso.”

4.9.3 Alcance da observância da realidade histórica e do resultado possível como condição para a sentença normativa

É importante bem entender o alcance da observância da realidade histórica e do resultado possível como condição para a prolação de sentença normativa, a fim de não tornar dita condição um odioso fato de inibição criativa.¹⁴¹ Para fundamentar tal afirmação, traz-se o exemplo da Itália. Naquele país, o art. 81, §§ 3º e 4º, da Constituição, prevê que todas as despesas deverão ser aprovadas por lei do Parlamento e, em caso de lei que importe em novas ou maiores despesas, deve-se indicar os meios pelos quais serão obtidos os recursos para fazer frente a estas despesas. Mediante este dispositivo, alguns autores questionam a constitucionalidade das sentenças normativas proferidas pela Corte Constitucional, causando novas despesas ao erário. Zagrebelsky (1993), em resposta ao questionamento, ensina que a sentença normativa pode ser proferida pela Corte

¹⁴¹ Vide a decisão do Min. Celso de Mello, na ADPF, n. 45-MC, que, embora tenha sido julgada prejudicada em virtude da perda superveniente de seu objeto, transcreve posicionamento irretocável

Constitucional, mesmo causando despesas ao erário, sem que se descumpra o art. 81, da Constituição. Isto ocorre porque o art. 81, da Constituição, dispõe que o legislador está obrigado a orçar os recursos necessários à despesa que discricionariamente prevê. Mas se as despesas não são discricionárias, porque impostas pela Constituição, tornam-se um dever. Uma vez que se diga que a despesa é constitucionalmente obrigatória, o legislador não pode contrariar a decisão da Corte em nome da própria discricionariedade política. O autor italiano ainda argumenta:

Naturalmente, depois da pronúncia da Corte e até que o legislado não haja providenciado a individualização da soma necessária para fazer frente a sua consequência financeira, se determina um desequilíbrio, em respeito ao equilíbrio determinado com a lei orçamentária vigente, enquanto o art. 81, da Constituição, vale exatamente para consentir a aprovação de novas despesas no curso do exercício financeiro. Mas se a despesa é imposta constitucionalmente, o equilíbrio do orçamento que deve ser preservado não poderá ser usado como argumento para impedir a afirmação da Constituição, mas somente para impor aos órgãos que têm o poder (isto é, o Governo e o Parlamento) de agir conseqüentemente, dispondo a necessária variação do orçamento ou estatuidando nova medida legislativa de receita (ZAGREBELSKY, 1993, p. 111-112).

Quando se afirma que na omissão relativa o Supremo Tribunal Federal pode estender os benefícios que foram implementados a alguns em detrimento de outros, por meio de sentença normativa aditiva, quer-se dizer naqueles casos que digam respeito exclusivamente à infringência direta, e não reflexa, dos direitos fundamentais, que estão indissociavelmente relacionados com a dignidade da pessoa humana¹⁴². No Brasil, o constituinte de 1987-88 guindou pela primeira vez a dignidade da pessoa humana à condição de princípio e valor fundamental. Neste sentido, a sentença normativa proferida pelo Supremo Tribunal Federal deve levar em conta a infringência direta à dignidade da pessoa humana, que consiste na vida humana, na liberdade, na igualdade¹⁴³ (SARLET, 2001).

sobre a questão da observância da realidade histórica e do resultado possível, (ADPF n. 45//DF-MC, rel. Min. Celso de Mello, decisão de 29.4.04, publicado no DJ de 4.5.04).

¹⁴² “[...] a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como o ‘alfa e o ômega’ do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988, p. 68; 79-80).

¹⁴³ Voto do Min. Eros Grau, na ADI n. 3.105, rel. p/ acórdão: Min. Cezar Peluso, julgamento em 18.8.04, publicado no DJ de 18.2.05.

A melhor forma de explicar este caso é por meio de um exemplo pautado em decisão do próprio Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.946-5¹⁴⁴. Aqui, o Supremo Tribunal julgou sem reduzir o texto no art. 14, da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998¹⁴⁵, mediante interpretação conforme à Constituição com redução teleológica, uma vez que o texto original da Emenda Constitucional modificava o limite máximo para os benefícios pagos pela previdência social, sem as devidas ressalvas à licença-maternidade.

Na decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.946-5, defendeu-se o princípio do não-retrocesso social e o direito de igualdade. O princípio do não-retrocesso social teve como fundamento a justificativa de que o problema da proteção à gestante é cada vez menos um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais um encargo de natureza previdenciária. O direito à igualdade teve como fundamento o argumento de que:

se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada à opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da CF/88), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres, previsto no inciso I, do art. 5º, da Constituição Federal.

Importante registrar que não se pode querer proferir sentença normativa que contrarie o princípio da igualdade reflexamente, como, por exemplo, no caso de aumento diferenciado de vencimentos dos servidores públicos. Neste caso, há a contrariedade reflexa e não direta ao princípio isonômico. A não ser que houvesse um aumento de vencimentos diferenciados, em razão de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, é que se configuraria a infringência ao princípio da igualdade em relação aos direitos

¹⁴⁴ “Direito constitucional, previdenciário e processual civil. Licença-gestante. Salário. Limitação. Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.98. Alegação de violação ao disposto nos arts. 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, e 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.” (ADI n. 1.946-5/DF-MC, rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 29.4.99, publicado no DJ de 14.9.01 e ADI n. 1.946-5/DF, rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 3.4.03, publicado no DJ de 16.5.03).

¹⁴⁵ Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, que modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e outras providências.

fundamentais da pessoa humana e, diretamente, se violaria o disposto no art. 3º, IV, da Constituição de 1988. Mesmo porque a Constituição é expressa em seu art. 169:

A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesas de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

4.10 Característica da sentença normativa

O que caracteriza a sentença normativa como atuação do juiz constitucional na qualidade de legislador positivo, diferenciando-a das demais formas de atuação jurisdicional, é o fato de ela possuir os mesmos atributos da legislação, quais sejam, a generalidade e a abstração, não se identificando, porém, com esta.

4.10.1 Norma geral e abstrata

Retomando o capítulo primeiro, Kelsen (1992) refuta a tese da tripartição de poderes. Em contrapartida, defende uma teoria das funções estatais; afirma que não são três, mas duas as funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do direito. Segundo Kelsen, é impossível atribuir a criação do direito a um órgão e sua aplicação a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções (KELSEN, 1992). Partindo deste pressuposto, tanto os juízes quanto os tribunais criam e aplicam o direito, isto é, criam e aplicam normas individuais para o caso concreto. Para Kelsen (1992), a norma individual da decisão judicial é a individualização e a concretização necessárias da lei. Kelsen

(1992), como se viu, não trata das situações em que se possam proferir extraordinariamente sentenças normativas, ou seja, criar norma geral e abstrata.

Como já dito anteriormente, a separação dos poderes não consiste em uma mera distribuição de funções entre os Poderes constituídos, mas no estabelecimento de uma hierarquia entre o Poder Constituinte, criados da Constituição pelo povo, e dos Poderes constituídos, em que são inseridos os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A Constituição está acima de todos e seus poderes constituídos estão a serviço da Constituição. Caso quaisquer desses Poderes não cumpram com o previsto na Constituição, violando seus preceitos, o Poder Judiciário e, especialmente, o Supremo Tribunal Federal, deverá estabelecer a constitucionalidade das leis e dos atos normativos, por meio dos mecanismos postos à sua disposição.

Para enfrentar a questão da produção de norma geral e abstrata pelo Tribunal Constitucional, primeiramente, é importante saber o que se entende por lei. Com tal propósito, distingue-se claramente lei de norma, para se evitar equívocos entre o dispositivo emanado do Poder Legislativo – lei – e a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – norma.

Efetivamente, existem duas realidades com relação à forma terminológica da lei: “a) por um lado, a disposição (ou texto) legislativa, adotada e emanada nos modos previstos pela regra sobre a produção do direito, consistente na forma lingüística textual; b) por outro lado, a norma expressa pela forma e extraída por meio de sua interpretação” (ZAGREBELSKY, 1977, p. 148).

A disposição ou texto legislativo significa o “sinal lingüístico”, enquanto a norma é o que se “revela do texto” por meio de sua interpretação (GRAU, 2002, p. 71).

Por este raciocínio, inicialmente, toda sentença proferida pelo órgão judicial é norma, pois é produto de interpretação.

A sentença será, então, norma individual “na medida em que sua força de obrigatoriedade seja limitada ao caso particular em questão” (KELSEN, 1992, p. 42). Portanto, norma individual e concreta será aquela proferida por sentença individual do órgão judiciário¹⁴⁶. Norma geral e abstrata, por sua vez, é aquela proferida somente em sentença normativa.

¹⁴⁶ Às normas gerais se contrapõem as que têm por destinatário um indivíduo singular, e sugerimos chamá-las de normas individuais; às normas abstratas se contrapõem as que regulam uma ação

Na distinção teórica entre disposição e norma, a primeira representa a expressão lingüística mediante a qual se manifesta a vontade do órgão do qual emana um determinado ato jurídico, e a segunda, a norma, é o resultado de um processo interpretativo realizado sobre a disposição e que pode conduzir a um caminho de uso da hermenêutica jurídica (ROLLA; GROPPPI, 2000).

Muito embora Silvestri (1985) entenda ser a distinção entre disposição e norma somente teórica, não possuindo relevância prática, entende-se pertinente a diferença para efeito de delimitação funcional entre disposição – lei (proveniente do Poder Legislativo) e norma (proveniente do Poder Judiciário).

Portanto, deve-se entender que a norma geral e abstrata criada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da sentença normativa, não é lei propriamente dita, “no sentido de atos diretivos a modificar o direito vigente, mas consiste em provimentos jurisdicionais que ‘dizem’ o direito constitucional a respeito das situações nas quais se dirigem cada lei” (ZAGREBELSKY, 1993, p. 112).

As sentenças normativas existem na prática dos Tribunais Constitucionais modernos para que “sua atividade possa desenvolver-se de modo eficaz, em vista da perseguição dos objetivos de modernização e de racionalização do ordenamento jurídico” (PIZZORUSSO, 1981, p. 310). Além do que:

Esta distinção entre disposição e norma resulta relevante enquanto permite a separação da norma do significado lingüístico originário da disposição, expressando o cordão umbilical que a une ao momento no qual vem aprovada. Em definitivo, esta diferenciação consente na evolução do sistema, facilitando a atividade criativa do intérprete e permitindo reduzir ao mínimo as intervenções demolidoras da Corte e as conseqüentes lacunas no ordenamento, dando-lhe a possibilidade de operar com instrumentos ‘cirúrgicos’ um tanto refinados (ROLLA; GROPPPI, 2000, p. 169).

singular, e sugerimos chamá-las de normas concretas. A rigor, o termo ‘norma concreta’ não é muito apropriado, na medida em que a palavra ‘norma’ faz pensar em uma regulamentação continuada de uma ação, e é, portanto mais apta para designar apenas as normas em abstrato. As normas concretas poderiam ser chamadas mais apropriadamente de ordens. [...] Deste modo, poderia ser proposta uma classificação fundada sobre as duas seguintes dicotomias: normas gerais e comandos, normas abstratas e ordens. Não desejamos, contudo, atribuir muita importância às questões de denominações. A este propósito, o ponto mais importante é que esta quadripartição nos ajuda a escapar da doutrina tradicional segundo a qual as características das normas jurídicas seriam a generalidade e a abstração. Se nós observarmos realisticamente um ordenamento jurídico, não poderemos deixar de notar que contém, ao lado das normas gerais e abstratas, comandos e ordens. Com isto, não se deseja dizer que as prescrições de um ordenamento jurídico sejam de igual importância. Uma classificação não é uma graduação. Deseja-se apenas precisar, para corrigir uma doutrina corrente (em declínio), que ao lado das prescrições gerais e abstratas, se encontram as individuais e concretas, e portanto não se pode elevar os requisitos da generalidade e da abstração,

São duas, portanto, as características da norma na sentença normativa: norma geral, compreendendo-se aquela universal em relação aos destinatários; e norma abstrata, que consiste naquela universal em relação à ação. Bobbio (2001, p. 180-181) convencionou “falar em normas gerais quando nos encontramos frente a normas que se dirigem a uma classe de pessoas; e em normas abstratas quando nos encontramos frente a normas que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações)”. Aqui, Bobbio (2001) utiliza a terminologia norma como sinônimo de lei, que para o caso em questão pode ser utilizada para a configuração do que seja norma geral e abstrata, uma vez que os efeitos entre lei – disposição e norma – jurisdicional são os mesmos.

Ressalve-se que o fato de estar dirigida a sujeito determinado, como seu destinatário, não descaracteriza a abstração e a generalidade da norma. A disposição constitucional anterior à Constituição Federal de 1988, que, por exemplo, concedia competência ao Supremo Tribunal Federal para editar preceitos regimentais como força de lei, era norma geral e abstrata, inobstante ter destinatário específico.

Como já referido, não é demais esclarecer que o Tribunal Constitucional não exerce a função legislativa conferida ao Poder Legislativo, que repercute na criação de lei, mas sim a função normativa, que repercute na criação de norma.

De fato, a Corte Suprema não cria livremente a norma (como faz o legislador com a lei), mas limita-se a individualizar a lei – já integrada no sistema – e preencher a lacuna que de outro modo restaria aberta na disciplina da matéria, conferindo à decisão proferida capacidade auto-aplicativa¹⁴⁷.

A natureza de criação de norma geral e abstrata da sentença normativa é bastante discutida na Itália, uma vez esta sentença é resultado da obra criativa do Tribunal Constitucional. Em razão disso, na doutrina italiana, Crisafulli (1985), objetivamente, afirma que se deve pactuar ao menos a uma parte das sentenças de acolhimento (aditivas ou substitutivas), não previstas por Kelsen, “substância de atos (também) normativos, dando vida à norma ou a fragmentos de normas, que não estavam presentes, mas eram anteriormente sentidas no ordenamento”

ou os dois juntos, a requisitos essenciais da norma jurídica. (BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica, p. 181).

¹⁴⁷ MAGIAMELI, Stelio. Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana Allá domatica europea della tutela dei diritti fondamentali. Disponível em: < www.giurcost.org/studi/mangiameli.html >. Acesso em: 10 jul. 2010.

(CRISAFULLI, 1985, p. 407). Colapietro (1990, p. 46-47) ressalva que, entendendo desta forma, “Crisafulli continua a negar que se possa falar de sentença de acolhimento da Corte como de atos legislativos, atribuindo-lhes caráter de ato-fonte”, e adere substancialmente à tese de Modugno de “uma função legislativa complementar da Corte Constitucional”. No entanto, mais adiante na obra de Crisafulli, verifica-se que o aturo se utiliza da fórmula função paralela de direção legislativa da Corte. Esta aparente redundância de Crisafulli demonstra o cuidado que a doutrina italiana tem para que se evitem equívocos na utilização do adjetivo legislativo, afastando a confusão entre a função da Corte e a competência dos órgãos legislativos (legislativo em sentido estrito e técnico).

A prolação de sentença normativa, recriando ou criando norma geral e abstrata, em sede de controle concentrado abstrato, é possível na sistemática brasileira, pelo disposto no art. 102, caput, da Constituição de 1988, que atribui ao Supremo Tribunal Federal a defesa da Constituição, utilizando os meios cabíveis para realizar este intento. Além disso, no art. 102, § 2º, da Constituição, garante eficácia contra todos os efeitos vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, às decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade. Ademais, a Lei n. 9.868/99, em seu art. 28, parágrafo único, especifica com maior clareza a eficácia contra todos e o efeito vinculante da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive nominando a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, como situações configuradoras de criação de norma geral e abstrata proferidas pelo Supremo Tribunal. Igualmente, cabe a existência de norma geral e abstrata proferida em sentença normativa na arguição de descumprimento de preceito fundamental, previstas no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, regulada pela Lei n. 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento desta ação, em seu art. 10, § 3º, determinando a eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

A norma geral e abstrata criada pelo Supremo Tribunal Federal por meio de sentença normativa diferencia-se de uma lei (disposição) criada pelo Poder Legislativo somente em razão, primeiramente, do órgão no qual se origina e, em segundo lugar, por sua provisoriedade, pois existirá até que o Poder Legislativo

assuma sua função, substituindo-a. Esta segunda diferenciação é relativa, uma vez que todas as leis parlamentares, em sentido restrito, também têm sua “provisoriedade” definida até que outra a substitua. Faz parte da dinâmica da vida do processo legislativo.

Tanto a norma geral e abstrata, criada pelo Supremo Tribunal Federal, quanto a lei – disposição, criada pelo Poder Legislativo, possuem os mesmos efeitos de obrigatoriedade na sociedade, isto porque a Suprema Corte deve ter um mínimo de disciplina indispensável para não paralisar a lei constitucional violada, até e enquanto o legislador não tome medidas para completar e desenvolver tal disciplina com base na sua escolha política (*apud* COLAPIETRO, 1990)¹⁴⁸

À guisa de exemplo, caso típico de criação de norma geral e abstrata é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.925-8, cujo pedido se relaciona à previsão de suplementação de créditos, contida no art. 4º, I, a, b, c, d, da Lei n. 10.640, de 14 de janeiro de 2003 (Lei Orçamentária Anual da União), envolvendo a destinação de recursos da Constituição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE. Decidiu-se pela contrariedade ao disposto no art. 177, § 4º, II, da Constituição de 1988, proferindo declaração parcial de inconstitucionalidade, por meio de interpretação conforme à Constituição com redução teleológica. O voto vencido de Ellen Gracie, relatora original da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.925-8, demonstra como a Ministra percebeu o fato da criação de norma geral e abstrata neste julgamento. Veja-se:

Outrossim, a declaração parcial de inconstitucionalidade almejada pela autora, ao permitir, favoravelmente, a possibilidade de suplementação das dotações referentes à receita da CIDE, ao mesmo tempo em que afasta o teto restritivo de 10% do valor a ser suplementado, modificaria o sentido e o alcance da autorização concedida pelo Legislativo por meio da presente lei formal. Em situações como o presente, esta Casa, em homenagem ao princípio basilar da separação de poderes, não tem vacilado em considerar juridicamente impossível tal pretensão. Dentre os vários precedentes, cito a ADI n. 896, DJ 16.2.96, cuja ementa, da lavra do eminente Min. Moreira Alves, está assim redigida: ‘(...) Não só a Corte está restrita a examinar os dispositivos ou expressões deles cuja inconstitucionalidade for argüida, mas também não pode ela declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem de alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos

¹⁴⁸ PIZZORUSSO, Alessandro. Il controllo sull’uso della discrezionalità legislativa – Relazione al convegno per il trentennale della Corte *apud* COLAPIETRO, Carlo. Le sentenze additive e sostitutive della Corte Costituzionale, p. 48, nota de rodapé.

atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo. Em conseqüência, se uma das alternativas necessárias ao julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade (a procedência dessa ação) não pode ser acolhida por esta Corte, por não poder ela atuar como legislador positivo, o pedido de declaração de inconstitucionalidade como posto não atende a uma das condições da ação direta que é a da sua possibilidade jurídica. [...]’ Assim, por todas estas razões, não conheço da presente ação direta¹⁴⁹.

Nessa Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.925-8, contrariando o posicionamento da Ministra relatora, o Supremo Tribunal Federal atuou como legislador positivo, modificando o sentido e o alcance da norma impugnada, declarando parcialmente procedente a inconstitucionalidade da lei, concedendo interpretação conforme à Constituição com redução teleológica, no sentido de que a abertura de crédito suplementar deve ser destinada às três finalidades enumeradas no art. 177, § 4º, inciso II, a, b e c, da Constituição de 1988, *in verbis*:

Processo objetivo – Ação direta de inconstitucionalidade – Lei orçamentária. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a Lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta.

Lei orçamentária – Contribuição de intervenção no domínio econômico – Importação e comercialização de petróleo e derivados, gás natural e derivados e álcool combustível – CIDE- Destinação – art. 177, § 4º, da Constituição Federal. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária n. 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito em rubrica estranha à destinação do arrecadado a partir do disposto no § 4º, do art. 177, da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas a, b, e c, do inciso II, do citado parágrafo¹⁵⁰.

Do voto vencedor de Carlos Velloso deflui como o Supremo Tribunal modificou o sentido e o alcance da Lei Orçamentária Anual do ano de 2003, para que esta lei ficasse conforme à Constituição.

[...] expressamente a Constituição estabelece a destinação do produto de arrecadação da CIDE. Estamos todos de acordo em que a destinação dessa contribuição não pode ser desviada, porque não há como escapar do comando constitucional, art. 177, § 4º, inciso II. Mas o que ouvi dos debates e das manifestações dos advogados é que o desvio está ocorrendo.

A interpretação preconizada, a começar pelo Ministro Carlos Britto, parece razoável. Evidentemente que não estou mandando o Governo gastar. A realização de despesas depende de políticas públicas. O que digo é que o Governo não pode gastar o produto da arrecadação da CIDE fora do que estabelece a Constituição Federal, art. 177, § 4º, II. Noutras palavras, o

¹⁴⁹ ADI n. 2.925/DF, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão: Min. Marco Aurélio, julgamento em 19.12.03, publicado no DJ de 4.3.05.

¹⁵⁰ Idem.

Governo somente poderá gastar o produto da arrecadação da mencionada contribuição no que está estabelecido na Constituição, art. 177, § 4º, II. Como cidadão, penso que o Governo deveria, de há muito, estar gastando a CIDE na manutenção das nossas rodovias, que estão acabando. Se o Governo deixar que a nossa teia rodoviária se acabe, e parece que o Governo não liga para o assunto, pois as estradas estão cada vez mais estragadas, vai ter que gastar muito mais. É preciso pensar na segurança das pessoas que utilizam as nossas estradas, é preciso pensar no transporte de cargas, é preciso compreender que rodovias estragadas aumentam os preços dos fretes, assim aumentam os preços dos gêneros de primeira necessidade e o sacrificado, em consequência, é o povo. É assim que penso como cidadão, cidadão que utiliza as nossas tão malcuidadas rodovias.

4.11 O fundamento da sentença normativa

A sentença normativa proferida pelo Supremo Tribunal Federal, atuando na qualidade de legislador positivo, consiste na criação de norma geral e abstrata ou na transformação daquela já existente, e possui por fundamento material o compromisso da jurisdição constitucional com a efetividade dos direitos fundamentais. Não possuindo expressa previsão na Constituição que se propõe a concretizar, o exercício da função normativa pelo Supremo Tribunal Federal fundamenta-se formalmente na teoria dos poderes implícitos.

4.11.1 O princípio da efetividade

O princípio da efetividade, segundo a lição de Canotilho (2003, p. 1.224), é:

[...] também designado por princípios da eficiência ou princípio da interpretação efetiva e pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à teses da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

É o compromisso com a concretização dos direitos fundamentais que deve fundamentar o exercício da sentença normativa pelo Supremo Tribunal Federal, já

que o objetivo do princípio da efetividade é a realização do dispositivo constitucional violado, quer por ação comissiva, quer por ação omissiva. Com efeito, por meio da prolação de sentença normativa, o Supremo Tribunal Federal promove “a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 2006, p. 83).

Fundamentando a sentença normativa no princípio da efetividade da Constituição, garante-se ao Supremo Tribunal Federal a união, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser e dever-ser, pois atuar contrariamente ao mencionado princípio não leva a qualquer avanço: “Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de quaisquer elementos da realidade ou de uma realidade de qualquer elemento normativo” (HESSE, 1991, p. 14).

O Supremo Tribunal Federal, proferindo sentença normativa, posto que de modo excepcional, promove a efetividade da ordem constitucional, primordialmente quando e naquelas situações em que os poderes políticos não agem ou agem em discordância com os direitos fundamentais. E outra não é a atuação que se espera do Supremo Tribunal Federal, que deve “se arriscar por caminhos novos e marcar novo ponto de partida, do qual começarão sua jornada outros que virão depois” (CARDOZO, 1956, p. 64).

4.11.2 A teoria dos poderes implícitos

A teoria dos poderes implícitos fundamenta, do ponto de vista formal, o exercício da sentença normativa pelo Supremo Tribunal Federal, como resposta do próprio sistema instituído para assegurar à Corte a realização efetiva e racional das atribuições de guardião da Constituição.

A teoria dos poderes implícitos tem sua origem ligada à Constituição norte-americana de 1787, seja pela consideração da cláusula de poderes necessários do artigo I, seção VIII, último parágrafo, seja pela aplicação do princípio da implicação de poderes na jurisprudência da Suprema Corte.

A Constituição de 1787 estabelece, na disposição mencionada, que competirá ao Congresso: “fazer todas as leis que forem necessárias e convenientes ao exercício de poderes enunciados e ao exercício de todos os poderes atribuídos pela presente Constituição ao Governo dos Estados Unidos ou a qualquer departamento ou funcionário dele dependente” (COOLEY, 1982, p. 19). Desse modo, depois de instituir as atribuições do Congresso, o constituinte de 1787 optou pela necessidade de permitir ao Poder Legislativo federal a elaboração de qualquer lei considerada necessária e conveniente ao exercício dos poderes atribuídos pela Constituição ao Governo dos Estados Unidos da América.

A primeira vez que a jurisprudência norte-americana tratou dos poderes implícitos foi no acórdão de 1819, no caso *McCulloch v. Maryland*, em que foi apreciada a constitucionalidade de prerrogativas federais à luz da “cláusula dos poderes necessários e apropriados”. Este caso fundamental estabeleceu: 1). que a concessão da Constituição ao Congresso decorre de poderes implícitos, para que este execute os poderes expressos da Constituição, a fim de criar um governo nacional funcional; e 2). que a ação do Estado não pode impedir exercícios de poder constitucional válidos pelo governo federal (ALSTYNE, 1986. p. 62). A interpretação concedida pela Suprema Corte foi determinante na evolução do federalismo norte-americano e na conformação conceitual e prática dos poderes implícitos no quadro de uma teoria geral das competências dos entes públicos. Esta sentença, do período de John Marshall, passou a legitimar o recurso por parte do Congresso a quaisquer meios ou o exercício de qualquer poder que se afigure necessário, útil, conveniente ou essencial ao desenvolvimento eficaz dos poderes expressos (DUARTE, 1997. p. 27).

Mutatis mutandis, a competência conferida pela Constituição de 1988 ao Supremo Tribunal Federal, como seu guardião, garante a este órgão a utilização de todos os meios adequados para que cumpra sua missão.

O recurso à teoria dos poderes implícitos como fundamento formal ao exercício da sentença normativa pelo Supremo Tribunal Federal se justifica porque, segundo Madison: “sempre que os fins exigirem, os meios são justificados; sempre que é concedido o poder para alguém fazer uma coisa, pressupõe-se que na concessão estão incluídos todos os poderes particulares necessários para o cumprimento das missões” (HAMILTON *et al*, 1984. p. 375-376).

As sentenças normativas proferidas pela Corte Constitucional, além de preencherem as omissões concernentes à edição de lei ou ato normativo (sentenças aditivas), também modificam de maneira explícita a lei impugnada, criando norma geral e abstrata diferente daquela originária do Poder Legislativo (sentenças substitutivas). Em ambas as hipóteses, a atuação do Supremo Tribunal Federal encontra fundamento na teoria dos poderes implícitos, pois as edições e as substituições se adaptam funcionalmente como meios para a obtenção dos fins ou objetivos de defesa da Constituição. E tal adequação se expressa, principalmente, com relação aos direitos fundamentais, que são a razão de ser do constitucionalismo moderno.

4.12 A natureza definitiva da sentença e a não-vinculação do legislador

É opinião comumente aceita que o juiz constitucional, quando profere sentença interpretativa, cria direito – e verdadeiramente o cria -, caindo por terra o mito do juiz que somente aplica a lei de modo mecânico (SILVESTRI, 1985). Por outro lado, é igualmente sabido que o ordenamento limita os efeitos da sentença do juiz constitucional, regra geral, inter partes, em razão da exigência do reexame da decisão por outro juiz. Esta regra, no entanto, não vale quando se trata de sentença normativa em que o Supremo Tribunal Federal cria norma geral e abstrata, pois, como define a Lei n. 9.868/99, em seu art. 26, e a Lei n. 9.882/99, em seu art. 12, a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória¹⁵¹ e a decisão que julgar procedente ou improcedente a argüição de descumprimento de preceito fundamental são irrecorríveis, não podendo ser objeto de ação rescisória. Portanto, a sentença normativa é definitiva.

Igualmente, como já afirmado, a sentença normativa não vincula o Poder Legislativo, já que este a qualquer momento pode editar lei que modifique a norma

¹⁵¹ O único recurso cabível no caso da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, conforme art. 26, da Lei n. 9.868/99, é a interposição de embargos declaratórios, que não modificam o conteúdo da decisão, apenas resolvem obscuridade, contradição ou omissão de questão sobre a qual a Corte Suprema deveria pronunciar-se (art. 535, do Código de Processo Civil).

geral e abstrata criada pelo Supremo Tribunal Federal. Lógico que, até a edição de lei modificando a norma geral e abstrata criada pelo Supremo Tribunal Federal, também o Poder Legislativo fica vinculado a seu cumprimento. Não se poderia concluir diferentemente, isto porque

[...] já se demonstrou alhures, com abundância de argumentos, que, como fruto de exegese de textos similares ou análogos, a proibição de reprodução de norma idêntica a que foi declarada inconstitucional não pode inspirar-se nalgum princípio processual geral que iniba renovação do comportamento subjacente a ato concreto anulado ou tido por ilegal, o que, sob a autoridade de *res judicata*, conviria apenas a processos de índole subjetiva. Ademais, o postulado da segurança jurídica acabaria, contra uma correta interpretação constitucional sistemático-teleológica, sacrificando, em relação às leis futuras, a própria justiça da decisão. Por outro lado, tal concepção comprometeria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. É, com razão de não menor tomo, a proibição erigiria mais um fato de resistência conducente ao inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição [...]¹⁵².

4.13 As sentenças normativas no Supremo Tribunal Federal

Neste tópico, tratar-se-á dos casos de sentenças normativas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Citar-se-ão, como exemplos, algumas decisões proferidas em medida cautelar satisfeita¹⁵³, em sede de controle concentrado abstrato, com efeito *erga omnes*, quando e nos mesmos casos em que cabem ser proferidas sentenças normativas. Ressalta-se que a medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade não possui caráter satisfeito, não podendo configurar sentença normativa, mas representa prenúncio desta sentença, caso confirmada em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal. A razão de tal fato é que o art. 21, da Lei n. 9.868/99¹⁵⁴, garante ao Supremo Tribunal Federal, por

¹⁵² Recl-AgR n. 2.617/MG, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 23.2.05, s/p.

¹⁵³ Lei n. 9.868/99 – “Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.”

¹⁵⁴ Lei n. 9.868/99 – “Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção

decisão da maioria absoluta de seus membros, deferirem pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, somente quanto à determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

À guisa de esclarecimento, regra geral, as decisões cautelares na ação direta de inconstitucionalidade produzem efeitos *ex nunc* e *erga omnes* ou, excepcionalmente, efeitos *ex tunc* e *erga omnes*¹⁵⁵, ambos previstos no art. 11, § 1º, da Lei n. 9.868/99¹⁵⁶. Também na argüição de descumprimento de preceito fundamental, com base no art. 5º c/c art. 8º, da Lei n. 9.882/99¹⁵⁷, poderá o Supremo Tribunal conceder medida cautelar, por meio de decisão da maioria absoluta de seus membros¹⁵⁸. A eficácia *erga omnes* da medida cautelar nas ações diretas de

especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.”

¹⁵⁵ “A eficácia *ex tunc* da medida cautelar não se presume, pois depende de expressa determinação constante da decisão que a defere, em sede de ação direta de inconstitucionalidade. A medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, reveste-se, ordinariamente, de eficácia *ex nunc*, ‘operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere’ (RTJ 124/80). Excepcionalmente, no entanto, e para que não se frustrem os seus objetivos, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia *ex tunc*, em caráter retroativo, com repercussão sobre situações pretéritas (RTJ 138/86). Para que se outorgue eficácia *ex tunc* ao provimento cautelar, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, impõe-se que o Supremo Tribunal Federal assim o determine, expressamente, na decisão que conceder essa medida extraordinária (RTJ 164/506-509, 508, rel. Min. Celso de Mello).” (ADI n. 2.105/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23.3.00, publicado no DJ de 28.4.00).

¹⁵⁶ Lei n. 9.868/99 – “Art. 11. [...] § 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.”

¹⁵⁷ Lei n. 9.882/99 – “Art. 5º. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental. § 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno. § 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias. § 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada. [...] Art. 8º A decisão sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros.”

¹⁵⁸ Na ADPF n. 10/Al, o relator, Min. Maurício Corrêa, em decisão monocrática, após conturbada suspensão de julgamento, deferiu a primeira liminar em sede de ADPF, suspendendo a vigência de dispositivos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Alagoas, que estabelecia uma ação de reclamação para a preservação da competência do mesmo Tribunal e a garantia de suas decisões, apresentando os seguintes argumentos: “Resta evidente, contudo, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação receio de que, antes do julgamento deste processo, ocorra grave lesão ao direito do requerente, em virtude das ordens de pagamento e de seqüestro de verbas públicas, desestabilizando-se as finanças do Estado de Alagoas. Ante tais circunstâncias, com base no art. 5º, § 1º, da Lei n. 9.882/99, defino, ad referendum do Tribunal Pleno, o pedido cautelar e determino a suspensão da vigência dos arts. 353 a 360 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, de 30 de abril de 1981, e, em consequência, ordeno seja sustado o andamento de todas as

inconstitucionalidade e de constitucionalidade, como também na argüição de descumprimento de preceito fundamental, impõe-se “como consequência direta da natureza objetiva do processo”¹⁵⁹. A Constituição de 1988 atribui competência originária ao Supremo Tribunal Federal, em seu art. 102, I, p, para julgar “o pedido de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade”.

4.13.1 A atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de ativismo: alguns exemplos de sentenças normativas

A Constituição de 1988 impôs diversas modificações na esfera da jurisdição constitucional, o que certamente provocou impacto sobre o papel do Supremo no sistema político constitucional, sendo que entre as competências do Supremo Tribunal Federal paira a atribuição de eficácia e aplicabilidade dos direitos, prerrogativas e normas constitucionais. Devido ao problema da omissão inconstitucional dos órgãos políticos (Executivo e Legislativo) em realizar a vontade constitucional, a Carta de 1988 conferiu ao Supremo a função de controlar as tais omissões perpetradas pelos poderes constituídos, assim como o controle de constitucionalidade, por meio do qual o legislador verifica a adequação de lei ou ato normativo aos preceitos previstos na "Lei Maior". Através, por exemplo, do mandado de injunção, da ADPF ou a ADI por missão combinada com o § 2º, do art. 103 da CF/88.

São de competências atribuídas ao Supremo, que, em muitas das vezes, acabam por se tornarem decisões mandamentais.

reclamações ora em tramitação naquela Corte e demais decisões que envolvam a aplicação dos preceitos ora suspensos e que não tenham ainda transitado em julgado, até o julgamento final desta argüição. Comunique-se, com urgência, ao Governador do Estado de Alagoas e ao Presidente do Tribunal de Justiça estadual.” (ADPF-MC n. 10/Al, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 4.9.01, publicado no DJ de 13.9.01). Ainda, verifica-se que o dispositivo do art. 5º, § 3º, da Lei n. 9.882/99, ressalva, dos efeitos da cautelar concedida, a coisa julgada.

¹⁵⁹ “1. Reclamação. 2. Garantia da autoridade de provimento cautelar na ADI n. 1.730/RN. 3. Decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte em Mandado de Segurança. Reenquadramento de servidor aposentado, com efeitos ex nunc. Aposentadoria com proventos correspondentes à remuneração de classe imediatamente superior. 4. Decisão que restabelece dispositivo cuja vigência encontrava-se suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de cautelar. 5. Eficácia erga omnes e efeito vinculante de decisão de cautelar proferida em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Reclamação julgada procedente.” (Recl. n. 2.256/RN, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11.9.03, publicado no DJ de 30.4.04).

O presente trabalho enumera algumas situações de ativismo judicial. Ainda em setembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal liberou os juízes para sentenciar traficantes de drogas com penas alternativas, contrariamente ao disposto na Lei Antidrogas (Lei n. 11.343/06). Já às vésperas das eleições de 2010, a Corte derrubou a obrigatoriedade de o eleitor apresentar dois documentos para votar, prevista na Lei 12.034/09¹⁶⁰.

4.13.2 A súmula vinculante

Com a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, acresceu-se o art. 103-A à Constituição de 1988, criando a súmula vinculante, *in verbis*:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

O Art. 1º, da Lei n. 11.471, de 19 de dezembro de 2006, regulamentando a edição, revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, determina que o alcance subjetivo da súmula ressalva o próprio Supremo Tribunal Federal – resguardando a evolução da jurisprudência – e o Poder Legislativo.

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.¹⁶¹

A súmula vinculante é a síntese de decisões reiteradas sobre um determinado caso, tendo por fim a uniformização da interpretação do Supremo Tribunal Federal em relação à matéria constitucional.

¹⁶⁰ No desfecho do presente trabalho o Supremo Tribunal Federal, embora em pleno processo de eleições no Brasil, ainda discutia a validade da Lei da Ficha Limpa para as eleições de 2010.

¹⁶¹ Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006 – art. 1º.

Para Streck (1998)¹⁶², a súmula vinculante de matéria constitucional:

[...] representa a condição de validade das normas constitucionais às quais ela (a Súmula) se refere. Dito de outro modo vai ser norma constitucional (ou vai ser o sentido da norma) aquilo que a Súmula determinar que seja. O entendimento sumulado é, assim, uma Constituição imanente, ou seja, é o sentido das normas constitucionais. [...] Desnecessário frisar que aquilo que os tribunais aplicam, na realidade, até porque o texto normativo – como diz Müller – não contém imediatamente a norma; esta é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito (STRECK, 1998, p. 241).

Embora alguns autores entendam a súmula vinculante como sendo o resultado do exercício de uma função normativa¹⁶³, para efeitos deste estudo a função normativa somente se concretiza quando a atuação do Supremo Tribunal Federal é de legislador positivo.

Com a súmula vinculante, caracteriza-se pela função interpretativa, mesmo com efeito vinculante, pois o Supremo Tribunal Federal, para sua edição, nada mais faz do que uniformizar sua jurisprudência. Com isto, “o Poder Judiciário dará à lei aplicável ao caso concreto seu sentido e seu alcance” (STRECK, 1998, p. 01) e aplicará “as regras de Direito existentes no ordenamento jurídico” (STRECK, 1998, p. 01).

Portanto, diferentemente da função normativa em que a atuação do juiz constitucional é de legislador positivo, criando norma não existente no ordenamento jurídico, a súmula vinculante é função interpretativa com eficácia vinculante, em que o juiz constitucional aplica norma já existente, apenas padronizando seu sentido. Não é porque há efeito vinculante na súmula que ela corresponde ao exercício de

¹⁶² Streck, mesmo sendo contra a súmula vinculante, uma vez que entende ser um dos mais sérios problemas a “centralização das decisões nos Tribunais Superiores, retirando das instâncias inferiores a possibilidade – face to face – de dizer o Direito ao caso concreto”, traça um estudo minucioso sobre a atuação das súmulas no sistema brasileiro. (STRECK, Lenio Luiz. Súmulas no direito brasileiro. Eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 274).

¹⁶³ Schimitt assegura que o Tribunal Constitucional é instância de superação de dúvidas, interpretativas com função legislativa, pois fixa de maneira determinante o conteúdo de uma lei (SCHIMITT, Carl. La defensas de la Constitución. Tradução de Manule Sanchez Sarzo. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 89-90). Há autores, no entanto, como Callejón, que designam as decisões interpretativas com caráter normativo proferidas pelo Tribunal Constitucional de decisões normativas. Callejón ressalta que: “Certamente, os defensores da posição negadora da função normativa da jurisprudência podem argumentar que a norma por ela extraída encontra-se potencialmente nas disposições ou enunciados legais, e que nesse sentido não se trata de uma função criativa autêntica. Entretanto, potencialmente estariam também na Constituição todos os enunciados legais, e isso não nos permite definir o trabalho do legislador como de mera interpretação da Constituição.” (CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Fuentes del derecho: I. Principios del ordenamiento constitucional. Madrid: Tecnos, 1991. p. 115-116). Ver, também, CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores?, p. 81.

função normativa. Para que exista a função normativa, na jurisdição constitucional, deve haver a criação de norma, não pelo legislador ordinário, mas sim pelo juiz constitucional.

4.13.3 O mandado de injunção

No MI 712-8, Rel. Min. Eros Graus, impetrado com o intuito de tornar viável o exercício do direito de greve dos funcionários públicos, consagrado no art. 37, VII, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal diante do mencionado *writ* injuncional adotou uma teoria concretista geral para sanar a omissão legiferante a respeito da matéria invocada, produzindo efeitos à decisão até que sobrevenha norma integrativa do legislativo. Não obstante, estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988, com mais de vinte anos de vigência remanesce sem regulamentação o artigo ora em comento.

Diante disso, nota-se um novo paradigma da hermenêutica constitucional, em decorrência da inação governamental. Veja-se o fundamento do voto do Min. Gilmar Mendes no citado *writ*, "... ênfase tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode abster-se de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do legislativo". Vê-se, com isso, uma nova jurisprudência se consolidando no Supremo Tribunal Federal pela prática do ativismo judicial, estando superada a jurisprudência que se formou a partir do julgamento do MI 20, Rel. Min. Celso de Mello, decidindo o Tribunal em reconhecer a mora do Congresso Nacional e, desde logo, comunicar-lhe a decisão, a fim de que tomasse as providências necessárias à edição da lei complementar federal indispensável ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis. A decisão ora comentada partiu do entendimento cognitivo do voto do Ministro Relator e acatada por maioria pelo Tribunal, apenas reconhecendo a mora do legislativo.

O mesmo Min. Celso de Mello, no voto proferido no MI 712, superou o seu entendimento interpretativo acerca do mandado de injunção. Nota-se que, no MI 20, o Supremo a partir do entendimento do Relator (Min. Celso de Mello), decidiu

declarar a mora do Congresso Nacional e ordenar a formal comunicação desse estado de inércia legiferante do Poder Legislativo da União, vale lembrar que o estado de mora já vinha desde a promulgação da Constituição, ou seja, há quase seis anos. Depois da devida notificação feita ao Congresso, passaram-se quase quinze anos de perpetuação da mora estatal. Assim, em seu voto no MI 712, o Min. Celso de Mello acompanhou os eminentes Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes no sentido de, no mérito, acolher a pretensão tão-somente para que se aplique por analogia a Lei n. 7.783/89, enquanto a omissão não fosse devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos. O Supremo Tribunal Federal, em importante decisão, por unanimidade, declarou a omissão legislativa e, por maioria, determinou a aplicação, no que couber, da lei de greve vigente do setor privado, com efeito *erga omnes* até que sobrevenha a norma integrativa do Poder Legislativo.

Na decisão que ora se examina, o Supremo adotou a teoria concretista geral propriamente considerada ativista, atuando diante do vácuo legal deixado pelo sistema político. No entanto, verifica-se claramente uma omissão do Congresso Nacional em regulamentar o dispositivo constitucional, já que, após a decisão proferida no MI 20, ainda não houve a devida regulamentação da matéria em análise.

4.13.4 Os prazos para o Legislativo

A omissão legislativa inconstitucional impeditiva do exercício do direito, notavelmente resultou na mudança significativa do perfil político-ideológico de grande parte dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal. Assim, os ministros em razão da inação legislativa vêm se baseando nas normas de princípio presente na Constituição, fazendo uso do campo da hermenêutica constitucional para assegurar mais ampla eficácia possível às normas do Texto Maior.

Na ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, ficou assente pelo Tribunal, diante da *inertia deliberanti* das Casas legislativas que, se deve impor ao Legislativo em mora o dever, dentro de um prazo razoável, de proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade. Notamos que, resta superado o entendimento

anteriormente adotado pelo Supremo, como no MI 107-3/DF, Rel. Min. Moreira Alves, onde deveria a Corte limitar-se, diante da omissão legislativa, a declarar a mora do Congresso Nacional, determinando, assim, que o legislador empreendesse a colmatação da lacuna.

Em razão da autêntica violação da ordem constitucional, que se dá pela ausência da lei complementar federal que viesse a viabilizar o exercício do direito conferido no art. 18, §4, da CF/88, o Tribunal Constitucional na ADI 3.682, fixou um parâmetro temporal razoável, para que o legislativo tomasse as providências necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo mencionado artigo. No voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, nota-se uma visão pouco tolerante frente à perpetuação da mora do Congresso Nacional. *"Assim sendo, voto no sentido de declarar o estado de mora do Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerada pela omissão"*.

Ao se analisar o mencionado voto, percebe-se uma visão de ativismo judicial, pelo prazo imposto ao legislativo e ao se comparar com o art.103, §2, CF/88, que apenas menciona a fixação de prazo para autoridade administrativa. Em contraposição ao voto ora em análise, surge o voto do Min. Marco Aurélio na mesma ADI em comentário, *"penso que a constituição contempla dualidade. Em se tratando de omissão de autoridade administrativa, é possível fixar-se o prazo de 30 dias para a prática do ato, não ocorrendo o mesmo em relação ao Poder Legislativo"*. Votando, assim, no entendimento que se deve aguardar a opção político-normativa da casa competente. Após a Emenda Constitucional n. 15/96, passaram-se mais de dez anos sem que o Congresso Nacional deliberasse sobre o tema, ficando, assim, diversos entes federativos prejudicados em seu direito. A sociedade não pode ficar à mercê da inércia das Casas Legislativas para o exercício do direito conferido pela Carta Cidadã, cabendo ao Supremo Tribunal Federal o papel de viabilizar esse direito impondo um lapso de tempo razoável para a regulamentação do dispositivo de eficácia limitada, frente às demandas que lhe são apresentadas. Tanto a decisão proferida no mandado de injunção, quanto aquela atribuída à ação direta por omissão, têm para o legislador caráter obrigatório, que busca uma expedição de ordem judicial para o Congresso.

Quando houver decisão em mandado de injunção originário do Supremo Tribunal Federal, a atuação deste órgão poderá ser considerada como ato de legislador positivo, uma vez que supre a omissão, criando norma positiva entre as partes; não haverá, contudo, sentença normativa, pois inexiste o caráter geral e abstrato da decisão¹⁶⁴. De outro lado, a sentença proferida no caso do mandado de injunção coletivo pelo Supremo Tribunal possui natureza normativa, pois o próprio objeto do mandado de injunção é a omissão da lei, e a norma criada por este instrumento possui o caráter de generalidade e abstração. Por isso, no caso do mandado de injunção, a jurisprudência da Corte Suprema deve continuar avançando, no sentido de aplicar efetivamente a norma constitucional do art. 5º, LXXI, como já o fez na decisão do Mandado de Injunção n. 712.

4.13.5 As políticas públicas

No atual estado social-democrático de direito, o Poder Judiciário vem se utilizando de diversos instrumentos jurídico-processuais como o mandado de injunção, ações coletivas, buscando propor medidas políticas governamentais, visando ao real interesse público, levando em conta o contexto social e financeiro para dar eficácia e aplicabilidade concreta aos direitos sociais e fundamentais. Trata-se da judicialização das políticas públicas que resulta na prática do ativismo judicial pela Suprema Corte frente à inércia estatal, respeitando-se, contudo, a discricionariedade política e o princípio da reserva do possível.

O ativismo judicial praticado pelo Supremo procura extrair o máximo de eficácia do Texto Constitucional.

No AI 677.274-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello, onde o Tribunal se manifestou acerca do dever político-jurídico constitucional atribuído ao poder público frente à educação infantil:

¹⁶⁴ Exemplos da atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo: MI n. 282/DF, rel. Min. Octavio Gallotti, decisão de 7.5.92, publicada no DJ de 12.5.92; MI n. 283/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 20.3.91, publicado no DJ de 14.11.91; MI n. 543/DF, rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 26.10.00, publicado no DJ de 24.5.00 e MI n. 562/RS, rel. p/ acórdão: Min. Ellen Gracie, julgamento em 20.02.03, publicado no DJ de 20.6.03.

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pelo própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatórios, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais empregados na estrutura constitucional.

É necessário acentuar que o direito à educação que representa prerrogativas constitucionais atribuídas a todos, impõe ao poder público um poder/dever de prestações positivas à sociedade.

Nesse contexto constitucional, que implica a implantação de políticas públicas pelo sistema político, houve por bem o Judiciário frente à omissão dos demais Poderes em concretizar as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição, dar efetividade à pretensão dos preceitos e dos princípios que nela se acham consignados.

4.13.6 A perda de mandato por infidelidade partidária

Por meio da consulta n. 1.398/DF, objeto da Resolução n. 22.526, de 27/3/2007 (DJ 8.5.2007), feita pelo partido político PFL, hoje Democratas, o Tribunal Superior Eleitoral, por maioria de votos, respondeu que “os Partidos Políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda”. Essa conclusão, como se pode depreender dos votos dos vencedores, com destaque para aquele proferido pelo Ministro Cezar Pelluso, restou assentada, sobretudo, no princípio da representação proporcional, que domina o procedimento para a eleição de deputados federais, deputados estaduais e vereadores, consagrado no art. 45, caput, da Constituição, conjugado com a norma do artigo 14, § 3º, inciso V, da Constituição, que estabelece como uma das condições gerais de elegibilidade a filiação partidária (princípio do monopólio das candidaturas pelos partidos políticos). Naquele momento asseverou-se que, em regra, o desligamento voluntário do partido pelo qual o parlamentar concorreu às eleições pelo sistema proporcional implica a perda do respectivo

mandato. Porém, sendo a filiação e o desligamento de partido político um direito subjetivo, integrante da cidadania, esclareceu-se não se tratar de imposição de sanção por infidelidade partidária, mas sim de mera consequência jurídica do ato de desfiliação, em si lícito, mas que não assegura ao mandatário a continuidade no exercício de um mandato representativo que pressupõe o tríplice vínculo eleitor-partido-representante. A princípio o mandato pertenceria ao partido, pois os votos foram dados ao partido.

Por conta dessa decisão três partidos políticos (PPS, PSDB e Democratas) requereram ao Presidente da Câmara dos Deputados a convocação de suplentes a eles filiados para o preenchimento das vagas que teriam sido abertas com a desfiliação de deputados eleitos pelas respectivas legendas nas eleições gerais de 2006. Sobreveio a decisão indeferitória da parte da Presidência da Câmara dos Deputados. O indeferimento deu origem à impetração junto ao Supremo Tribunal Federal, de mandados de segurança sob os nºs. 26.602/DF e 26.603/DF. O Supremo Tribunal Federal, então, em nome do princípio democrático, declarou que a vaga no Congresso pertence ao partido político, criando assim uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional.

4.13.7 A restrição de nomeação de parentes (nepotismo)

Nesta matéria o Supremo Tribunal Federal construiu disciplina normativa que deveria ser veiculada pela legislação ordinária. Porém, aqui imbuído de elevados propósitos, caminhando no norte apontado pelas normas-princípio invocadas. A prática de favorecimento de parentes no provimento de cargos em comissão ou na designação para funções de confiança.

Ressalte-se que o Judiciário já havia tomado medidas contrárias ao nepotismo. A Lei n. 9.421/96, em seu art. 10 (sobre a carreira de servidores do Poder Judiciário Federal), que serviu de modelo ao art. 22 da Lei n. 9.953/00 (sobre a carreira de apoio técnico-administrativo do Ministério Público da União), já vedava a nomeação ou designação para os cargos referidos, de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados,

salvo a de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras Judiciárias, o Conselho Nacional de Justiça também já se manifestara no sentido do não-nepotismo. Porém, as dificuldades enfrentadas para se fazer valer os princípios constitucionais albergados no art. 37 da Constituição estavam latentes no que respeitava, principalmente ao Poder Legislativo. Ora, se é função precípua do órgão legiferante a feitura de lei específica contra o nepotismo, por um interesse meramente corporativista, o Congresso Nacional, solenemente, “abria mão” de legislar a respeito por um simples motivo. A começar pelos Presidentes das duas Casas do Legislativo, abrangendo uma maioria significativa, quase a totalidade dos membros do Congresso Nacional estava a praticar o nepotismo. Um sem número de esposas, filhos, sobrinhos, irmãos ali ocupavam os cargos em comissão. Eram empregados pelos próprios parlamentares. O mesmo vinha acontecendo descaradamente na esfera do Executivo. A saída para o cumprimento da constituição foi a expedição de súmula vinculante. O que a corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa.

4.13.8 Modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade

O princípio da nulidade da lei ou ato normativo inconstitucional é considerado norma não escrita no ordenamento constitucional brasileiro, impondo efeitos *ex tunc* e *erga omnes*. O Supremo Tribunal Federal, sobre o assunto, já decidiu que, *in verbis*:

Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade de invocação de qualquer direito¹⁶⁵.

¹⁶⁵ ADI-QO n. 652/MA, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2.4.92, publicado no DJ de 2.4.93. No mesmo sentido: ADI-MC n. 1.434/SP, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29.8.96, publicado no DJ de 22.11.96.

No entanto, na ação direta de inconstitucionalidade e na argüição de descumprimento de preceito fundamental, a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pode sofrer modulação, restringindo os efeitos da declaração ou decidindo que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, conforme determina o art. 27, da Lei n. 9.868/99 e o art. 11, da Lei n. 9.882/99, respectivamente. Com a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, produzir-se-á anulabilidade da lei ou ato normativo e não sua nulidade.

É importante estabelecer a diferença entre atos nulos e anuláveis para entender-se a extensão dos efeitos da modulação na declaração de inconstitucionalidade como forma de criação normativa por parte do Supremo Tribunal Federal. Os atos nulos são atos que carecem de validade formal ou vigência, pois padecem de um vício insanável que os compromete irremediavelmente, dada a preterição ou a violação de exigências que a lei declara essenciais. Atos anuláveis, ao contrário, são aqueles que se constituem com desobediência a certos requisitos legais que não atingem a substância do ato, mas sim sua eficácia, tornando-os inaptos a produzir os efeitos que normalmente lhes deveriam corresponder (DINIZ, 1995). Daí se dizer, com terminologia a ser empregada com o devido critério, que os atos nulos estão eivados de nulidade absoluta, enquanto os anuláveis padecem de nulidade relativa. O certo é que o segundo pode ser sanado ou ratificado, por meio de processo que variam segundo a natureza da matéria disciplinada (RODRIGUES, 1997). Os atos nulos possuem efeitos *ex tunc*, enquanto os atos anuláveis possuem efeitos *ex nunc*.

A Corte Suprema, decidindo pela inconstitucionalidade, pura e simplesmente, declara a nulidade de uma lei ou ato normativo que previu uma situação jurídica de forma contrária à Constituição, com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*. No entanto, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de dois terços dos seus membros, pode restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, resguardando assim as situações jurídicas que se efetivaram no período em que a lei ou ato normativo produziu efeitos. Com a modulação dos efeitos desta decisão, a Corte Suprema, excepcionalmente, declara a anulabilidade da lei ou ato normativo, com

efeitos *ex nunc* e *erga omnes*, recriando a fórmula legislativa declarada inconstitucional para evitar prejuízos à segurança jurídica e ao interesse social.

O Supremo Tribunal Federal, quando manipula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade e na argüição de descumprimento de preceito fundamental, convertendo atos nulos em anuláveis transforma-se em legislador positivo, decidindo por meio de sentença normativa substitutiva, uma vez que recria a norma geral e abstrata retroativamente, atuando em período no qual a lei ou ato normativo não era válido (DINIZ, 1994) no mundo do direito. É como se a Corte Suprema, recriando o texto jurídico nulo, constitucionalizasse um período normativo atentatório à ordem constitucional.

Os casos de sentenças normativas já proferidas pelo Supremo Tribunal Federal podem ser divididos em quatro grupos: mandado de injunção coletivo com efeito *erga omnes*; modulação dos efeitos na declaração de inconstitucionalidade; interpretação conforme à Constituição com redução teleológica da declaração de inconstitucionalidade e de constitucionalidade e; declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, por meio de interpretação conforme à Constituição com redução teleológica.

No Brasil, há uma dificuldade muito grande para que o Supremo Tribunal Federal admita sua atuação de legislador positivo por meio de sentenças normativas, mesmo que assim já atue nos casos suso mencionados.

A sentença normativa proferida pelo Supremo Tribunal Federal, como já reiterado, é decisão excepcional; as decisões trazidas para a análise são resultantes tanto de sentenças normativas terminativas do feito, como de decisões não terminativas do feito, em sede de cautelar, mas que geram efeitos *erga omnes*.

O fato a que se quer chamar a atenção, além da prática reiterada da sentença normativa por parte do Supremo Tribunal Federal, é a contraditória posição dessa Corte que, não obstante assim atue, permanece negando sua atuação de legislador positivo. A doutrina deve discutir o papel de legislador positivo do Supremo Tribunal Federal às claras, sem atribuir à sentença normativa o caráter de interpretação da Constituição, mas reconhecendo algo muito diferente nesta atuação que é a reconstrução do texto da lei, com a conseqüente criação de norma geral e abstrata.

A manipulação dos efeitos, no controle concentrado abstrato, exerce-se por meio de sentença normativa, que cria norma geral e abstrata para a fixação da

eficácia *ex nunc* na declaração de inconstitucionalidade, que, em regra, possui eficácia *ex tunc*¹⁶⁶.

4.13.8.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.022

A conclusão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.022¹⁶⁷ é exemplo de sentença normativa, já que seu resultado consagra a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.022, foi declarada inconstitucional, somente a partir de 31 de dezembro de 2004, a alínea a, do Anexo II, da Lei Complementar n. 10.194/94¹⁶⁸, do Estado do Rio Grande do Sul, que atribuía à Defensoria Pública a assistência judicial aos servidores estaduais processador por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais, por infringência ao art. 134, da Constituição de 1988¹⁶⁹. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que a norma estadual que atribuía à Defensoria Pública do Estado a defesa judicial de servidores públicos estaduais processados civil ou criminalmente, em razão do regular exercício do cargo, extrapolou o modelo da Constituição Federal (art. 134), o qual restringe as atribuições da Defensoria Pública à assistência jurídica a que se refere o art. 5º, LXXIV¹⁷⁰, resguardada a circunstância de que, “se o servidor comprovar suas dificuldades e seu grau de necessidade tem ele o amparo da Defensoria Pública, na medida em que o próprio texto constitucional

¹⁶⁶ Vide ADI-ED n. 2.994/BA, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 31.5.06, publicado no DJ de 4.8.06.

¹⁶⁷ “Ação direta de inconstitucionalidade. Rito do art. 12, da Lei n. 9.868/. Art. 45, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. Alínea a, do anexo II, da Lei Complementar n. 9.230/1991, do Estado do Rio Grande do Sul. Atribuição, à Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, da defesa de serviços estaduais processados civil ou criminalmente em razão de ato praticado no exercício regular de suas funções. ADI n. 3.022/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2.8.04, publicado no DJ de 4.3.05.

¹⁶⁸ A Lei n. 10.194/94 trata da organização da Defensoria Pública do Estado do Rio grande do Sul. O Anexo II, alínea a, trata das atribuições da Defensoria Pública: “a) Descrição Sintética: Prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, na forma da lei, bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais; as funções institucionais da Defensoria pública serão exercidas, inclusive, contra as pessoas jurídicas de Direito Público.”

¹⁶⁹ Constituição Federal – “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, PXXIV.”

¹⁷⁰ Constituição Federal – “Art. 5º [...] LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.”

determina que o Estado prestará assistência judiciária e integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”¹⁷¹.

Transcreve-se parte da decisão do Supremo Tribunal Federal quanto ao aspecto que justificou a modulação dos efeitos e que configura a normatividade desta sentença, já que, uma vez declarada inconstitucional a lei gaúcha, a norma geral e abstrata que vigeu até o final do ano de 2004 outra não foi senão aquela recriada pela Corte Constitucional em sua decisão:

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa – [...] Por último, merece nota a observância da Advocacia-Geral da União acerca dos inconvenientes da declaração de inconstitucionalidade das normas atacadas, com efeitos ex tunc. Efetivamente, em relação aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dessas normas, verifico que a gravidade dos prejuízos eventuais decorrentes da nulidade ex tunc da norma é imprevisível, mas avaliável. Basta notar que, com base nas normas ora impugnadas, já foi efetuada a defesa dos servidores estaduais. Lembrando que converti o rito da presente ação para o do art. 12, da Lei n. 9.868, e considerando essa peculiaridade do caso, entendo que no presente julgamento de mérito é necessário limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das normas, com base no art. 27, da Lei n. 9.868. Com essas considerações, Sr. Presidente, voto pela procedência da presente ação, para declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘bem como assistir, judicialmente, aos servidores estaduais processados por ato praticado em razão do exercício de suas atribuições funcionais’, contida na alínea a, do Anexo II, da Lei Complementar Estadual n. 10.194/94, também do Estado do Rio Grande do Sul.

Nos termos do art. 27, da Lei n. 9.868, proponho aos colegas a restrição dos efeitos desta decisão, para não causar prejuízos desproporcionais. Como marco dessa limitação, sugiro que a declaração de inconstitucionalidade tenha efeito a partir de 31.12.04.

O Senhor Ministro Nelson Jobim – [...] Agora, resta-nos examinar o terceiro aspecto: a proposta feita pelo Relator em relação ao Anexo II, ou seja, a Lei Complementar, sobre a eficácia ex tunc. Propõe ele que a eficácia se dê a partir do transcurso do prazo de recursos que eventualmente estejam fluindo quando da publicação dessa decisão no Diário Oficial.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes – Sr. Presidente, apenas suscitaria uma questão. Como não disponho de dados – certamente talvez nem o Relator os tenha -, de casos que estejam sendo acompanhados pela Defensoria, ainda que com a construção eventualmente recomendada de aplicação do art. 27, na sua fórmula primeira, declarar inconstitucionalidade e com efeito a partir da publicação, poderá produzir um déficit no que diz respeito a essa proteção. Por que haverá sempre que se perguntar: e aí, quem responderá agora pela representação judicial?

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Por outro lado, para o passado, fico me indagando se seria necessário invocar o art. 27, da Lei da ADIn, para dizer que o fato de alguém ter sido absolvido com o patrocínio da Defensoria Pública, declarada a inconstitucionalidade dessa atribuição, o réu não teria de recolher-se à prisão?

O Senhor Ministro Gilmar Mendes – mas, se a contestação foi validamente subscrita, pode surgir a discussão.

O Senhor Ministro Nelson Jobim – Qual a proposta de V. Ex^a.?

¹⁷¹ Voto do Min. Joaquim Barbosa, na ADI n. 3.022/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2.8.04, publicado no DJ de 4.3.05.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes – Eu proporia, então, que aplicássemos na fórmula mais ampla: em vigor até o final do presente exercício, até o final do ano, dando tempo ao legislador gaúcho de disciplinar a matéria adequadamente.

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence – Isso envolve a aplicação, aí radical, do art. 27, da lei n. 9.868, objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes – De certa forma, já fizemos isso no caso dos vereadores.

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa – Mas a lei continua em vigor, não houve medida cautelar.

O Senhor Ministro Cezar Peluso – Há dificuldade de contratar novo advogado, para se inteirar da causa.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes – O próprio Estado deve prover esses meios.

O Senhor Ministro Nelson Jobim – Vocês concordam com a proposta, ou seja, a eficácia da declaração seria até o final do exercício?

O Senhor Ministro Marco Aurélio – Senhor Presidente, creio que não foi atendida qualquer das premissas do art. 27. Encaro esse dispositivo com muita reserva, considerado o fato de um conflito com a Carta contaminar a lei desde o início. Não há que se cogitar, a meu ver, de segurança válida, nem de excepcionalidade, tendo presente o interesse social. Por isso, peço vênia para continuar sufragando a jurisprudência da Corte, que afasta a incidência dessa norma. Declaro, simplesmente, inconstitucional o ato atacado.

O Senhor Ministro Eros Grau – Senhor Presidente, declaro inconstitucional simplesmente o ato atacado, não considero os efeitos ex tunc.

O Tribunal, por decisão unânime, julgou improcedente, em parte, a ação direta em relação ao art. 45, da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul e, também por unanimidade, julgou inconstitucional a alínea a, do Anexo II, da Lei Complementar n. 10.194, de 30 de maio de 1994, do Estado do Rio Grande do Sul, e atribuiu o efeito dessa decisão a partir do dia 31 de dezembro do corrente ano, nos termos do voto do Relator, vencidos parcialmente os Senhores Ministros Eros Grau e Marco Aurélio, que não davam este efeito. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Nelson Jobim.”¹⁷²

4.13.8.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.615

A conclusão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.615¹⁷³ também é exemplo de sentença normativa envolvendo modulação dos efeitos. Naquela oportunidade, foi julgado inconstitucional o art. 51, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado da Paraíba, ao argumento de que ele afrontara o art. 18, § 4º, da Constituição de 1988¹⁷⁴, eis que a redefinição dos limites territoriais do Município do Conde, que representou o desmembramento

¹⁷² ADI n. 3.022/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2.8.04, publicado no DJ de 4.3.05.

¹⁷³ ADI n. 3.615/PB, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 30.8.06, publicado no DJ de 8.9.06. Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 438.

¹⁷⁴ Constituição Federal – “Art. 18. [...] § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.”

de parte do contíguo Município de Alhandra, se fez sem a necessária e prévia consulta plebiscitária das populações envolvidas. Entendeu o Supremo Tribunal Federal justificada a aplicação dos efeitos *ex nunc*, em face da adoção do rito do art. 12, da Lei n. 9.868/99, uma vez que, na espécie, o dispositivo hostilizado permanecera em vigor por dezesseis anos, período em que diversas situações jurídicas foram consolidadas, notadamente nos âmbitos financeiro, tributário e administrativo, as quais deveriam ser mantidas, sob pena de ofensa à segurança jurídica¹⁷⁵.

4.13.9 Modulação dos efeitos reconhecida no controle difuso de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal como legislador positivo. Não-configuração de sentença normativa

O Supremo Tribunal Federal também pode manipular efeitos no controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos¹⁷⁶, não configurando esta hipótese, no entanto, caso de sentença normativa, por inexistir a criação de norma geral (embora, eventualmente, abstrata), mas somente de norma de efeitos inter partes. Nessa hipótese, a Corte atua como legislador positivo sem os atributos da sentença normativa, eis que inexistente o caráter da generalidade, mas apenas ocorrendo à modificação do sentido e do alcance da lei ou ato normativo no caso concreto.

A decisão do Supremo Tribunal mais notória a este respeito é a do Recurso Extraordinário n. 197.917, que trata da fixação do número de vereadores dos municípios proporcional à população. Originalmente consistente em ação civil

¹⁷⁵ ADI n. 3.615/PB, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 30.8.06, publicado no DJ de 8.9.06. Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 438.

¹⁷⁶ “Embora a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso. Ressalta-se que não se está a discutir a constitucionalidade do art. 27, da Lei n. 9.868, de 1999. Cuida-se aqui, tão-somente, de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade. [...] assinale-se que, antes do advento da Lei n. 9.868, de 1999, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. [...] No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a

pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, visava à redução de onze para nove o número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela, sob a alegação de que o parágrafo único, do art. 6º, da Lei Orgânica do Município n. 222, de 31 de março de 1990, não obedecera à proporção estabelecida no art. 29, IV, alínea a, da Constituição de 1988, o que acarretou prejuízo ao erário local.

O juiz de primeiro grau de jurisdição julgou a ação procedente em parte, reconhecendo a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, reduzindo o número de vereadores e decretando a extinção dos mandatos que ultrapassaram o número fixado, condenando-os, em conseqüência, a restituir o que viessem a receber a partir da sentença, restando indeferida apenas a devolução dos subsídios anteriormente percebidos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a sentença de primeiro grau, por meio de recurso de apelação interposto pelo Município e pela Câmara de Vereadores de Mira Estrela. Dessa decisão, o Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário, em que se alegou a infringência ao art. 29, IV, da Constituição de 1988, uma vez que o art. 6º, da Lei Orgânica de Mira Estrela, fixou número excessivo de vereadores, dado que o município em questão possuía somente 2.615 habitantes, desrespeitando a proporcionalidade constitucional.

O art. 29, IV, da Constituição de 1988, determina:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, como o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] IV – número de Vereadores proporcional á população do Município, observados os seguintes limites: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes; b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um dos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Município de mais de cinco milhões de habitantes.

Para a resolução do número exato de vereadores a ser fixado pelos municípios, estabeleceram-se duas correntes na doutrina e na jurisprudência. A primeira corrente entendia que, obedecidos os parâmetros mínimo e máximo fixados para cada uma das faixas, a Câmara dos Vereadores tem autonomia para

doutrina da limitação dos efeitos.” (Voto do Min. Gilmar Mendes, na AC-MC-QO n. 189/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 9.6.04, publicado no DJ de 27.8.04).

estabelecer o número de vereadores. A segunda corrente admitia que a composição da Câmara deve obedecer a valores aritméticos que legitimem a proporcionalidade constitucional.

O relator do Recurso Extraordinário n. 197.917 situou-se ao lado daqueles que buscam a proporcionalidade aritmética, pois, deixando ao alvedrio do legislador municipal a fixação do número de vereadores, não haveria a proporcionalidade reclamada pela Constituição de 1988, definida no “número de vereadores proporcional à população do Município”. Como exemplo na decisão:

[...] se a intenção fosse a de estabelecer apenas os limites mínimo e máximo, seria supérflua toda a discussão desenvolvida em torno da relação de proporcionalidade, o que claramente revela não produzir o objetivo perseguido pelos legisladores. Note-se, também, que o mesmo princípio prevaleceu para a fixação do número de Deputados Federais por Estado (CF, art. 45, § 1º) e de Deputados Estaduais (CF, art. 27). [...] A prevalecer à jurisprudência até aqui firmada pelo TSE e seguida pelos Tribunais Regionais, à situação de perplexidade continuará a existir, pois em inumeráveis municípios brasileiros, com população reduzidíssima, há exagerado número de vereadores, em flagrante desrespeito aos critérios de proporcionalidade previstos na Constituição¹⁷⁷.

Adotou-se, na decisão do Recurso Extraordinário n. 197.917, o parâmetro ideal para cumprir a proporcionalidade entre o número de habitantes e seus representantes, prevendo-se o mínimo de nove e o máximo de vinte e um vereadores nos municípios de até um milhão de habitantes, por meio da criação de fórmula proporcional de um vereador para cada 47.619 habitantes.

Gilmar Mendes, sobre a manipulação dos efeitos, sustentou que:

[...] no caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade, com efeito ex tunc (que retroage), ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito, e que resultou na atual composição da Câmara Municipal: fixação do número de vereadores, fixação do número de candidatos, definição do quociente eleitoral. Igualmente, as decisões tomadas posteriormente ao pleito também seriam atingidas. Por esses motivos, acompanho parcialmente o voto do relator, para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo para a próxima legislatura. [...] acompanho o voto do Relator, para conhecer do recurso extraordinário e lhe dar parcial provimento, no sentido de se declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º, da Lei Orgânica n. 222, 31 de março de 1990, Município de Mira Estrela/SP. Faço-o, todavia, explicitando que a declaração de inconstitucionalidade da lei não afeta a composição da atual legislatura da Câmara Municipal, cabendo ao

¹⁷⁷ Voto do Min. Maurício Corrêa, RE n. 197.917/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 6.6.02, publicado no DJ de 7.5.04.

legislativo municipal estabelecer nova disciplina sobre a matéria, em tempo hábil para que se regule o próximo pleito eleitoral (declaração de inconstitucionalidade pro futuro)¹⁷⁸.

O Supremo Tribunal Federal, nesta decisão, agiu como legislador positivo, pois declarou parcialmente inconstitucional o art. 6º, parágrafo único, da Lei Orgânica do município de Mira Estrela, que fixava em onze ao invés de nove o número de vereadores, determinando àquela Câmara dos Vereadores os parâmetros orientadores de futura lei. Além disso, em razão da segurança jurídica e para evitar grave ameaça a todo sistema legislativo vigente, a decisão criou norma excepcional, abstrata, com efeito concreto, no período de 1990 até o final de 2004, quando terminaria a última legislatura dos vereadores eleitos, sob a égide da Lei Orgânica n. 222/90.¹⁷⁹

4.13.10 A interpretação conforme a Constituição com redução teleológica da declaração de inconstitucionalidade e de constitucionalidade

A interpretação conforme à Constituição é recurso criativo de há muito conhecido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁸⁰.

Em orientação formulada no novo voto proferido por Moreira Alves, na Representação n. 1.417, a Corte Suprema reconheceu limite ao princípio da interpretação conforme à Constituição, anteriormente à Lei n. 9.868/99. Sustentou que a interpretação conforme à Constituição, quando aplicada além do sentido literal e do contexto significativo da lei, transforma a Corte Suprema em legislador positivo criador de norma geral e abstrata. Em assim sendo, segundo a Representação n. 1.471, a aplicação da interpretação conforme à Constituição deve sofrer restrições,

[...] uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador

¹⁷⁸ Voto do Min. Gilmar Mendes, RE n. 197.917/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 6.6.02, publicado no DJ de 7.5.04

¹⁷⁹ Neste sentido: RE n. 266.994/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 31.3.04, publicada no DJ de 21.5.04; Re n. 266.994/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 31.3.04, decisão publicada no DJ de 11.6.04; RE n. 300.343/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 31.3.04, publicado no DJ de 11.6.04.

¹⁸⁰ Vide: Rp n. 948/SE, rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 27.10.76, publicado no DJ de 18.3.76.

negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme à Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo. Em face da natureza e das restrições da interpretação à Constituição, tem-se que, ainda quando ela seja aplicável, o é dentro do âmbito da representação de inconstitucionalidade, não havendo que se converter, para isso, essa representação em representação de interpretação, por serem instrumentos que têm finalidade diversa, procedimento diferente e eficácia distinta. No caso, não se pode aplicar a interpretação conforme à Constituição por não se coadunar essa com a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica¹⁸¹.

Com a edição da Lei n. 9.868/99, em seu art. 28, parágrafo único, a interpretação à Constituição foi detalhada no controle concentrado abstrato: a declaração de inconstitucionalidade ou de inconstitucionalidade possui eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública federal, estadual e municipal¹⁸²; os mesmos efeitos e eficácia se aplicam à arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista na Lei n. 9.882/99¹⁸³.

Com a expressa previsão do princípio da interpretação conforme à Constituição no art. 28, afirmando que, ultrapassados o sentido literal possível e o contexto significativo da lei, o Supremo Tribunal Federal transforma-se em legislador positivo, permanece atual, alterando-se, todavia, sua conclusão impeditiva.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal tem atuado como legislador positivo reiteradas vezes, aplicando a interpretação conforme à Constituição para além do sentido literal possível da lei ou ato normativo. Assim agindo, tem restringido o âmbito de ação do legislador, quando este intenta “um efeito mais amplo do que o permitido nos termos da Constituição” (LARENZ, 1997, p. 481). Todavia, a Corte Constitucional não admite expressamente este fato. Em suma, valendo-se da interpretação conforme à Constituição com redução teleológica, o Supremo Tribunal

¹⁸¹ Rep. n 1.417/DF, rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 9.12.87, publicado no DJ de 15.4.88.

¹⁸² ADI n. 1.127/DF, julgamento em 6.10.94, publicado no DJ de 29.6.01; ADI-QO n. 2324/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 4.10.95, publicado no DJ de 9.5.97; ADI n. 3.685/DF, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22.3.06, publicado no DJ de 10.8.06; ADI n. 3.246/PA rel. Min. Carlos Brito, julgamento em 19.4.06, publicado no DJ de 1º. 9.06.

¹⁸³ ADPF-MC n. 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, decisão liminar concedida em 28.9.04, revogada em 20.10.04.

tem atuado como legislador positivo e esta atuação se expressa por meio de sentença normativa.

Neste ponto é essencial retomar a distinção entre a sentença interpretativa e a sentença normativa.

É sabido que toda sentença é interpretativa no sentido de que o juiz deve atribuir um significado às proposições lingüísticas que constam do material normativo a aplicar a cada caso (SILVESTRI, 1985). Também se sabe que o direito já ultrapassou seu primitivo estágio formalista, em que a palavra precisa era talismã soberano e que cada sílaba era fatal para sua interpretação (CARDOZO, 1956). As velhas fórmulas de interpretação permanecem, mas são providas de novo conteúdo.

O diferencial entre a sentença interpretativa e a sentença normativa está em que na primeira se observam o sentido literal possível da lei ou ato normativo e seu contexto significativo e na segunda se vislumbra uma norma nova, criada da reconstrução da matéria normativa preexistente, à luz de sua necessária referência ao preceituado na Constituição.

Na sentença interpretativa, o Supremo Tribunal encontra um número maior ou menor de significados possíveis e de variantes de significado da lei ou ato normativo perante a Constituição. A Corte Suprema utiliza como parâmetros na sentença interpretativa: a) a conexão do integral significado da lei ou ato normativo; b) a intenção reguladora do legislador; e c) a estrutura do setor material regulado, interpretando com a compreensão de cada uma das frases e palavras ditas, de acordo com o contexto do ordenamento jurídico e da Constituição.

Na sentença normativa, ao revés, a Corte Suprema não se limita a encontrar ou a explicitar uma norma já existente no ordenamento, mas utiliza seu material normativo para construir uma norma qualitativamente diversa e, portanto, nova em consideração à existente. A sentença, neste caso, transforma-se de ato substancialmente jurisdicional em ato substancialmente legislativo (SILVESTRI, 1985). Há, assim, a transformação da atuação do Supremo Tribunal Federal, que passa de controlador da constitucionalidade das leis em legislador positivo, com o objetivo de concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição. Vejam-se os casos:

4.13.11 Argüição de descumprimento de preceito fundamental n. 54

Na ADPF n. 54, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) requereu que o Supremo Tribunal Federal procedesse à interpretação conforme à Constituição do artigos. 124¹⁸⁴, 126, caput¹⁸⁵, e 128, I e II¹⁸⁶, do Código Penal – Decreto-lei n. 2.848/40 -, pronunciando a inconstitucionalidade da incidência destas disposições como impeditivas da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo à gestante de assim agir sem a necessidade de prévia apresentação de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

Trata esta argüição de descumprimento de preceito fundamental da inviabilidade da vida do feto anencefálico e da antecipação terapêutica do parto.

A liminar¹⁸⁷, concedida na medida cautelar da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, foi revogada, posteriormente, na parte referente ao direito de antecipação do parto, com efeitos *ex nunc*¹⁸⁸. Caso sejam restabelecidos seus fundamentos em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, configurar-se-á sentença normativa, mediante interpretação conforme à Constituição com redução teleológica, uma vez que se excluía de penalização a antecipação do parto de feto com patologia de anencefalia.

É importante ressaltar que no período de vigência da cautelar proferida pelo relator, em decisão liminar, compreendido entre 1º de julho e 20 de outubro de 2004, em razão de seu caráter satisfativo e de sua eficácia erga omnes, restou

¹⁸⁴ Código Penal – “Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos.”

¹⁸⁵ Código Penal – “Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – de um a quatro anos.”

¹⁸⁶ Código Penal – “Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

¹⁸⁷ “O conceito de liminar é derivado do latim *linaris*, *limen* (porta, entrada) e indica tudo o que se faz inicialmente, correspondendo ao sentido da locução latina *in limine*, que significa logo à entrada, no começo. [...] Entendemos, portanto, que o conceito de liminar diz respeito ao momento da concessão de medida judicial, nos procedimentos previstos em lei, para assegurar algum direito, amparado pelos requisitos norteadores de cada tipo de ação. Isto tudo independentemente dos efeitos que projeta, visto que para cada ação corresponde um efeito diverso.” (PELICIOLI, Angela Cristina. A antecipação de tutela no direito brasileiro. São Paulo: LTr, 1999. p. 28-29.

despenalizada a prática da antecipação do parto de feto com patologia de anencefalia. Com efeito, a decisão na cautelar em questão foi proferida mediante sentença normativa criadora de norma geral e abstrata, introduzindo no ordenamento jurídico outra modalidade de excludente de ilicitude no denominado “crime de aborto”.

Este é o exemplo mais significativo de sentença normativa proferida pelo Supremo Tribunal Federal, eis que envolve, a um só tempo, uma gama de direitos fundamentais, como “o direito à vida, o direito à saúde, o direito à liberdade em seu sentido maior, o direito à preservação da autonomia da vontade, a legalidade e, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana”¹⁸⁹.

4.13.12 Declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, por meio de interpretação conforme a Constituição com redução teleológica

a) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.946

A Corte Suprema julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.946, sem redução de texto, para dar ao art. 14, da Emenda Constitucional n.20, de 15 de dezembro de 1988, interpretação conforme à Constituição com redução teleológica. Trata-se de sentença normativa que exclui do limite máximo para os benefícios pagos pela previdência social as mulheres trabalhadoras em licença-maternidade.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.946, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar conforme à Constituição com redução teleológica, criou norma geral e abstrata excludente das mulheres trabalhadoras com direito à licença-gestante do limite previdenciário, pois estas, por força da sentença proferida, continuarão a receber por parte do empregador idêntico salário, mesmo que excedente a R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), sendo este ressarcido integralmente pela Previdência Social.

¹⁸⁸ “Referendou-se, por maioria, a primeira parte de liminar concedida (sobrestamento de efeitos).” (ADPF-MC-Qo n. 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 20.10.04, publicado no DJ de 28.10.04. Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 366).

Entendeu a Corte que:

[...] o legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária.

Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada 'na forma desta Constituição', ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: 'licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias'. Diante deste quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda n. 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a EC n. 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14, da EC n. 210/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. E, na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará, sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da CF/88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I, do art. 5º, da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos expressamente, não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade¹⁹⁰.

Assim sendo, a garantia do direito à maternidade da trabalhadora, de modo algum ressaltado pelo art. 14, da Emenda Constitucional n. 20/98, foi resguardada por meio de sentença normativa da Corte Suprema, que interpretou conforme à Constituição sem traduzir o texto da referida Emenda, efetivando o princípio da igualdade assegurado na Constituição de 1988¹⁹¹. Em outras palavras, a norma de exclusão do limite previdenciário, não constado da Emenda Constitucional n. 20/98, restou criada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de sentença normativa.

¹⁸⁹ Idem.

¹⁹⁰ ADI n. 1.946/DF, re. Min. Sydney Sanches, julgamento em 3.4.03, publicado no DJ de 16.5.03.

¹⁹¹ ADI-MC n. 1.946/DF, rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 29.4.99, publicado no DJ de 14.9.01 e ADI n. 1.946/DF, rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 3.4.03, publicado no DJ de 16.5.03.

CONCLUSÕES

De tudo que se apurou ao longo do presente trabalho poderíamos dizer o seguinte:

1. A Constituição, tanto analisada sob o ponto de vista procedimental quanto materialmente examinada, é Lei Suprema que estabelece os alicerces da convivência social, organizando o exercício do poder político e declarando os direitos fundamentais, cuja proteção e promoção constituem o arcabouço da legitimidade democrática. O sentido normativo da Constituição, num Estado Democrático de Direito, exige então que seu texto deva ser dia-a-dia atualizado pelos mecanismos de concretização constitucional, mas não ridicularizado por reformas constitucionais inseqüentes, uma vez que a vontade política da maioria governante do momento não pode prevalecer contra a vontade do povo expressa pelo poder constituinte originário.

2. No estado Democrático de Direito, a pessoa humana é destinatária, por meio da Constituição, não apenas de direitos fundamentais de defesa, direitos subjetivos da pessoa humana – intrinsecamente relacionados com a liberdade e com o direito de participação -, mas também de direitos fundamentais de prestação, direitos ao mínimo de condições materiais para assegurar sua dignidade.

3. No plano da efetividade constitucional, fato incontestado é que os Poderes Executivo e Legislativo se descuidaram, no Brasil, da implementação dos direitos fundamentais. Quanto ao Poder Executivo, as razões são várias, dentre elas: a falta de competência do administrador público, a falta de organização de receitas e despesas, a falta de prioridade nos planos de governo e, um planejamento falho e, conseqüentemente, a falta de orçamento do ente público. Quanto ao Poder Legislativo, os motivos são: a omissão em legislar infraconstitucionalmente como devem ser concretizados os direitos fundamentais, assim como o fato de legislar, em muitos casos, contrariamente a esses direitos. Com isso, o Poder Judiciário passou a ter reconhecida uma função de maior destaque, assumindo, por determinação constitucional, tarefas de equilíbrio e de controle entre os Poderes Legislativo e Executivo.

4. O princípio da separação dos poderes, atualmente envolto com as ideias de equilíbrio e controle, deve ser analisado não só em relação à tripartição entre os

Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mas também sob a perspectiva da existência e dois poderes constituintes originários e de um poder constituinte derivado. Isto porque, após a elaboração da Constituição, surgem dois novos poderes constituintes e não apenas um: o constituinte derivado e o segundo constituinte originário. O poder constituinte derivado consiste na atribuição ao Poder Legislativo do poder de emendar o texto constitucional, enquanto o segundo poder constituinte originário é aquele que atualiza a Constituição, por meio das decisões do Tribunal Constitucional. O segundo poder constituinte originário não desampara a Constituição depois de feita, para que seu texto não seja implementado pelos aproveitadores de ocasião e fique desatualizado; pelo contrário, as decisões do Tribunal Constitucional atualizam e rejuvenescem a Constituição. Tanto o poder constituinte derivado quanto o segundo poder constituinte originário produzem modificações constitucionais por meio de sua função normativa, redimensionando o princípio da separação dos poderes e redefinindo a função que compete ao Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais.

5. Conforme demonstrado ao longo da investigação, a ordem constitucional não é assegurada pela harmonia entre os Poderes, mas pela tensão permanente entre eles, razão pela qual a própria Constituição impõe ao Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, a incumbência de atuar como efetivo defensor dos direitos fundamentais.

6. O Supremo Tribunal Federal, na sua função de guardião da Constituição, deve ter como ponto mediano, para estabelecer o equilíbrio e o controle dos demais Poderes, o compromisso do Estado Democrático de Direito com a implementação dos direitos fundamentais, não restringindo sua atuação de Tribunal Constitucional à fiscalização da inconstitucionalidade da leis e atos normativos, mas também agindo, em casos excepcionais, como legislador positivo.

7. O que é chamado de ativismo judicial não configura extravasamento de juízes e tribunais no exercício das suas atribuições, mas traduz a indispensável e assumida participação da magistratura na tarefa de construir o direito lado a lado com o legislador, acelerando-lhe os passos quando necessário for, porque um mundo da vida dinâmico, complexo e rápido não permite mais os antigos moldes da separação dos poderes que engessaram por muito tempo a concretização dos direitos fundamentais assentados na Constituição. Assim como leciona Inocêncio Coelho, a decisão jurídica é aquela capaz de pôr fim aos conflitos jurídicos, não no

sentido de que os elimina, mas no que impede a sua continuação. A decisão normativa, portanto, não termina com os conflitos por meio de uma dissolução, ao contrário, os soluciona, impondo-lhes um fim. Ao contrário dos conflitos sociais de cunho religioso, ou político, ou econômico, os conflitos jurídicos são tratados dentro de limites, não podendo ser mais retomados ou levados adiante indefinitivamente.

Portanto, o chamado ativismo judicial não passa de uma neoexpressão com que se pretende renominar, criticamente, a velha e coletiva criação judicial do direito. Nada além disso¹⁹².

8. Por meio da função normativa do Supremo Tribunal Federal, surge a possibilidade da integração judicial do ordenamento, que consiste na criação judicial de norma geral e abstrata pela ausência de lei provocada pelos poderes políticos e/ou pelo próprio Supremo Tribunal Federal com a declaração de inconstitucionalidade. Sem a função normativa do Supremo Tribunal Federal, ter-se-ia, em variadas situações, o esvaziamento de direitos reconhecidos na Constituição.

9. Para aqueles que afirmam que o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, não pode legislar positivamente, pois esta não é sua função, caracterizando uma interferência indevida nos Poderes Executivo e Legislativo, a resposta é que a separação dos poderes, como princípio, há muito tempo foi redimensionada. Além do mais, a sentença normativa já é praticada pelo Supremo Tribunal Federal, quando se trata da edição de uma lei ou ato normativo eivado de inconstitucionalidade, em que a Corte, para manter seu texto, evitando um vazio normativo manipula os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, transformando a lei ou ato normativo inconstitucional que seria nulo em anulável; para tanto, utiliza-se do material normativo preexistente, recriando norma geral e abstrata retroativamente, para que esta produza efeitos em período no qual a lei ou ato normativo não era válido no mundo do direito (art. 27, da Lei n. 9.868/99 e art. 11, da Lei n. 9.882/99); interpreta conforme à Constituição com redução teleológica, criando norma geral e abstrata com algo a mais ou com sentido diverso daquele originalmente determinado no texto da lei ou ato normativo (art. 28, parágrafo único da Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99) e declara a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, por meio de interpretação conforme à Constituição com redução

¹⁹² Construção dada ao conceito de ativismo judicial por Inocêncio Mártires Coelho em palestra proferida no Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional _ CEAF, do Ministério Público do Estado do Pará, em Belém, no dia 8 de junho de 2010.

teleológica, criando norma geral e abstrata com algo a mais ou com sentido diverso do texto da lei ou ato normativo, nos moldes da hipóteses anterior (art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99). Também julga Mandado de Injunção coletivo com efeitos *erga omnes*.

10. Quando se trata de omissão de lei ou ato normativo contrário à Constituição, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não pode utilizar-se da sentença normativa para resolver os conflitos levados a seu conhecimento em sede de controle concentrado abstrato de constitucionalidade. Certo é que a Constituição de 1988 determina, em seu art. 103, § 2º, que, “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Dessa forma, não é admissível sentença normativa nos casos de omissão total ou absoluta e de omissão parcial. No entanto, quando se tratar de omissão relativa, na hipótese em que a afronta ao princípio da igualdade implica diretamente violação da dignidade humana, cabe ao Supremo Tribunal Federal proferir sentença normativa.

11. Uma objeção recorrente diz respeito à reserva do possível. Ora, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – por meio de sentença normativa – que possam gerar despesas públicas, se são o resultado de imposição direta da Constituição, não são discricionárias, mas tornam-se um dever. Uma vez que se diga que a despesa é constitucionalmente obrigatória, não pode contrariar as decisões da Corte em nome da própria discricionariedade política. Cumpre lembrar que os requisitos da sentença normativa: a) omissão ou edição de lei ou ato normativo que contrarie a Constituição, obedecidos os critérios estabelecidos pela Leis n. 9.868/99 e 9.882/99; e b) a observância da realidade histórica e do resultado possível. Assim sendo, é preciso que o Supremo Tribunal Federal, quando proferir sentença normativa, não desconsidere a reserva do possível, cercado-se de todos os cuidados para saber da análise das leis orçamentárias: plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual dos entes estatais envolvidos na causa, além de estudos elaborados por técnicos orçamentários, peritos contadores, médicos, psicólogos, estes dois últimos nos casos que envolvam os direitos à vida e à integridade física e psíquica da pessoa humana, etc., valendo-se a Corte, para tanto, inclusive de audiência pública, conforme determina o art. 9º, §§ 1º e 3º, da Lei n. 9.868/99, e art. 6º, § 1º, da Lei n. 9.882/99.

12. O caráter inovador da sentença normativa tem como fundamento material o compromisso da jurisdição com a efetividade dos direitos fundamentais. Não possuindo expressa previsão na Constituição que se propõe a concretizar, o exercício da função normativa pelo Supremo Tribunal Federal fundamenta-se formalmente na teoria dos poderes implícitos, pois, a quem se atribui a função de guardião da Constituição, devem ser conferidos os meios para guardá-la tanto formal quanto materialmente. Em consequência, caso os Poderes Executivo e Legislativo violem a Constituição, seja por ação, seja por omissão, o Supremo Tribunal Federal pode proferir sentença normativa para guardar a ordem constitucional.

13. Novos rumos são dados à interpretação constitucional. É real a politização judicial na medida em que os princípios passaram a ser norte para a concretização dos direitos fundamentais, suplantando-se, por vezes, a forma antiga de se dizer o Direito por meio de regras positivadas e de interpretação restrita, sem que se leve em conta o caráter subjetivo do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALSTYNE, William W. Van. Implied powers. In: Encyclopedia of the American Constitution. New York: MacMillan, 1986.
- ALVIM, Arruda. Ação civil pública. Revista de Processo, v. 22, n. 87, jul./set. 1997.
- ANDRIOLI, Virgílio. Studi sulla giustizia costituzionale. Università di Firenze. Fondazione Piero Calamandrei. Milano: Giuffrè, 1992.
- ARANGIO-RUIZ, Vicente. Historia Del derecho romano. Tradução de Francisco Pelsmaecker e Ivañez. Madrid: 4. ed. Instituto editorial réus, 1980.
- ARENDT, Hannah. O que é política? (Fragmentos das obras póstumas compilados por Úrsula Ludz). Tradução de Reynaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- _____. A condição humana. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- ARISTÓTELES. A política . Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- ARROYO, César Landa. Teoria Del derecho procesal constitucional. Lima: Palestra, Editores, 2004.
- BALZARINI, Renato. Atti e negozi di diritto corporativo. Milano: A. Giuffrè, 1938.
- BARBOSA, Rui. Atos inconstitucionais. Atualização: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, Editores, 2003.
- _____. Comentários á Constituição federal brasileira. Coligidos e ordenados por Homero Pires. V. 4. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1993.
- _____. Obras completas. Discursos parlamentares. V. XVIII. 1891. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1945.
- _____. Rui Barbosa e a Constituição de 1891. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1985.
- BARENDT, Eric. Na introduction to constitutional law. Oxford: oxford University Press, 1998.
- BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

- BATALHA, Wilson de Souza Campos. Tratado de direito judiciário do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1985.
- BAUM, Laurence. A Suprema Corte americana. Tradução de The Supreme Court. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985.
- BEARDSLEY, James. Constitutional review in France. The Supreme Court Review 1975. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.
- BENZ, Wolfgang; GRAML, H. El siglo XX: europa después de 1a 2ª Guerra Mundial. V. I. México: Siglo XXI, Editores, 1986.
- BERTI, Giorgio. Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico. 4. ed. Padova: CE-DAM, 2001.
- BERTOLISSI, Mario. Identità e crisi dello stato costituzionale in Itália. Padova: CEDAM, 2002.
- BETTI, Emilio. Teoria Geral da interpretação. Milano: Giuffrè, 1995.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. Contributi adun dizionario giuridico. Torino: G. Giappichelli, 1994.
- _____. Igualdade e liberdade. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Edipro, 1996.
- _____. Locke e o direito natural. Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- _____. Teoria da norma jurídica. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudati. São Paulo: Edipro, 2001.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. V. 2. 12. ed. Brasília: UnB, 2004.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el estado de derecho y la democracia. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BORTOLOTTI, Guido. Los tato e la dottrina corporativa: saggio d'uma teoria generale. V. I. Bologna: N. Zanichelli, 1931.
- BOVEN, Theodoor C. Van. Os critérios de distinção dos direitos do homem. IN: VASAK, Karel. As dimensões internacionais dos direitos do homem. Tradução de

Carlos Alberto Aboim de Brito. Lisboa: Editora Portuguesa de Livros Técnicos e Científicos, 1983.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de Ponderação na jurisdição constitucional. Ed. Saraiva, 2009.

BRUCE, Ackerman. A Nova Separação de Poderes. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Revisão Nivia Mônica da Silva, ed. Lúmen Júris. 2009.

CAETANO, Marcello. Manual de direito administrativo. V. I. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

CALAMANDREI, Piero. A natureza jurídica das decisões da magistratura do trabalho na Itália. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 35, n. 75, jul./set. 1938.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Fuentes Del derecho: I. Principios Del ordenamiento constitucional. Madrid: Tecnos, 1991.

CALLEJÓN, Maria Luisa Balaguer. La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria. Madrid: Editorial Civitas, 1990.

CALMON DE PASSOS, J. J. Mandado de segurança coletivo. Mandado de injunção. Habeas data. Constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAMPOS, José Miguel de. Emenda Constitucional n. 45/04 e poder normativo da justiça do trabalho. Disponível em: < www.anamatra.org.br/customtags >. Acesso em: 12 mai. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Tribunal constitucional, jurisprudência e políticas públicas. Disponível em: < www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html >. Acesso em: 29 mai. 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. Tradução de Fernando Sá. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Porto Alegre, ano 12, n. 40, 2001.

_____. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

- _____. O controle constitucional de constitucionalidade no direito comparado. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- CARBONNIER, Jean. Sociologia jurídica. Tradução de Diogo Leite de Campos. Coimbra: Almedina, 1979.
- CARDOZO, Benjamin N. A natureza do processo e a evolução do direito. Tradução e notas de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956.
- CARETTI, Paolo. L'influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale. In: L'influenza dei valori costituzionale sui sistemi giuridici contemporanei. V. 2. Milano: Giuffrè, 1985.
- CARNELUTTI, Francesco. Istituzioni Del nuovo processo civile. V. 1. Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano, 1951.
- _____. Teoria Del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro. Padova: CEDAM, 1936.
- CASAL H., Jésus M. La protección de la Constitución frente a las omisiones legislativas. Revista de Derecho Constitucional, Sherwood, n. 4, enero-julio de 2001.
- CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. Constituição Federal brasileira (1891) – Comentada. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.
- CERRI, Augusto. Corso di giustizia costituzionale. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.
- CESARINO JÚNIOR, A. F. Direito social brasileiro. 2. ed. 1º v. São Paulo: Livraria Martins, 1943.
- CHAMOUN, Ebert. Instituições de direito romano. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.
- CHAUÍ, Marilena. Introdução á história da filosofia. Dos pré-Socráticos a Aristóteles. V. I, 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- CHELLI, Enzo. Spunti per una nuova disciplina in tema di finanze dei partiti. In: Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli. V. 2. Padova: CEDAM, 1985.
- CHILOSI, Ricardo. La transacione nel diritto del lavoro, Romana Temi, ano LIII, n. 1-2, gennaio/agosto 2005. Disponível em: < www.ordineavvocati.roma.it >. Acesso em: 14 jul. 2010.
- CÍCERO, Marco Túlio. Da república. Tradução de Amador Cisneiros. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d.

- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica – fragmentos
- COELHO, Inocêncio Mártires. Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica – fragmentos, apud Rosino Gibellini, *A Teologia do século XX*, 2. Ed. São Paulo: Loyola, 2002, p.57-64 Ed. Saraiva 2010 p.74
- _____. apud Cappelletti. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. In Revista de Direito Processual Civil, São Paulo. Saraiva, ano II, jan/jun de 1961, vol. 3, p.38
- COELHO, Luiz Fernando. Lógica jurídica e interpretação das leis. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- COLAPIETRO, Carlo. Le sentenze additive e sostitutive della Corte Costituzionale. Pisa: Pacini, Editores, 1990.
- COMOGLIO, Luigi; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. Il processo del lavoro. In: Lezioni sul processo civile. Seconda Edizione. Bologna: Il Mulino, 1998.
- COOLEY, Thomas. Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América. Tradução de Alcides Cruz. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- COSTA, Coqueijo. Direito judiciário do trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____. Direito processual do trabalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito romano. O direito romano e o direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- CRISAFULLI, Vezio. Giustizia Costituzionale e Potere Legislativo. In: STATO, Popolo, Governo – Illusioni e delusioni costituzionale. Milano: Giuffrè, 1985.
- _____. Lezioni di diritto costituzionale. V. II. 5. ed. Padova: CEDAM, 1984.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Jurisdição constitucional democrática. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle judicial das omissões do poder público. São Paulo: Saraiva, 2004.
- D'AGOSTINO, Gracco. Il processo collettivo del lavoro. Padova: CEDAM, 1938.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. Elementos de teoria geral do Estado. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

- DELMAS, Claude. Armamentos nucleares e Guerra Fria. São Paulo: Perspectiva, 1979.
- DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. Curso de direito civil brasileiro. 1º v. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DROMI, José Roberto. El poder judicial. Argentina: Unsta, 1982.
- DUARTE, Maria Luísa. A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros. Lisboa: LEX, 1997.
- DUGUIT, Leon. La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789. Tradução de Pablo Pérez Tremps. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- DUNI, Giovanni. L'oggetto dei giudizi di costituzionalità e la problemática dei dispositivi additivi. Additività testuale e additività normativa. In: Scritti in onore di Costantino Mortati. V. IV. Milano: Giuffrè, 1997.
- DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Ed. Martins Fontes. 2007.
- _____. Uma Questão de Princípio. Trad. Luis Carlos Borges. Ed. Martins Fontes. 2007.
- EIDE, Asbjorn; ROSAS, Allan. Economic, social and cultural rights: a universal challenge. In: Economic, social and cultural rights. Dordrecht/Boston/Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- ELIA, Leopoldo. Le sentenze additive e la più giurisprudenza della Corte Costituzionale (ottobre 81-luglio 85). In: Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli. Padova: CEDAM, 1985.
- ESPOSITO, Carlo. La validità delle leggi. V. XII. Padova: Dott. A. Milani, 1934.
- FANTINI, Oddone. Legislazione corporativa del lavoro. Milano: F. Vallardi, 1938.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco. El sistema constitucional español. Madrid: Dykinson, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FERREIRA, Waldemar Martins. Princípios de legislação social e direito judiciário do trabalho. V. I. São Paulo: São Paulo Editora, 1938.

_____. Princípios de legislação social e direito do trabalho. V. II. São Paulo: São Paulo Editora, 1939.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 35, n. 2, abr./jun. 2000.

FRIAS FILHO, Otávio. O conservador visionário. Folha de S. Paulo. A1. Caderno Mais, 31.7.05.

FRIEDRICH, Carl. J. Teoría y realidad de la organización constitucional democrática: en Europa y América. Tradução de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1946.

FURTADO, Celso. Contingenciamento orçamentário e as prerrogativas do Congresso. Editoriais. 13.2.04. Disponível em: < www.desempregozero.org.br >. Acesso em: 19 abr. 2010.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método II – complementos e índice. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GHIDINI, Mario. Diritto del lavoro. Padova: CEDAM, 1961.

GOTTSCHALK, Egon Felix. Norma pública e privada no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1995.

GRAU, Eros. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002.

GROPPI, Tania. Hacia una justicia constitucional dúctil? Tendências recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, nueva serie, ano XXXVI, n. 107, mayo-agosto de 2003.

GUERRA, Luiz López. El poder judicial en el estado constitucional. Lima: Palestra, Editores, 2001.

GUERZON FILHO, Gilberto. A justiça eleitoral no Brasil. A desconfiança como elemento fundamental de nosso sistema eleitoral. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 41, n. 161, jan./mar. 2004.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. O estado constitucional Europeu. Disponível em: < www.juridicas.unam.mx >. Acesso em: 23 jun. 2010.

HAMILTON, Alexander. The federalist on the New Constitution. The Federalist, n. 78, Philadelphia: M´Carty and David, 1826.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. O federalista. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. Direito constitucional. Tradução de Carlos Souza. 27. ed. São Paulo: Manole, 2005.

HELLER, Hermann. Teoría del Estado. Tradução de Luiz Tobio. México: Fondo de Cultura Econômica, 1942.

HERKENHOFF, João Batista. Como aplicar o direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: BENDA, MAIHOFERE, VOGEL, HESSE, HEYDE. Manual de derecho constitucional. Tradução de Antonio López Pina. 2. ed. Madri/Barcelona: Marcial Pons, 2001.

_____. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luis Afonso Heck. 20. ed. Alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. Escritos de derecho constitucional. (Selección). Tradução de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HIRSCHI Ran, The Judicialization of politics. Whittington, Kelemen e Caldeira (eds.) The Oxford Handbook of law and Politics, 2008, p. 124-5 .

HORTA, Raul Machado. Estudos de direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. Escritos de derecho constitucional, p. 53-54.

HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss. Sinônimos e antônimos. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2003.

JAEGER, Nicola. Corso di diritto processuale del lavoro. Padova: CEDAM, 1936.

KELSEN, Hans. Jurisdição constitucional. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Teoria geral do direito e do Estado. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

- _____. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- KURLAND, Philip B. The founder's Constitution. Oxford: Ralph, Lerner, Editor, 1986.
- LACOMBE, Américo Jacobina. Apresentação. In: BARBOSA, Rui. Rui Barbosa e a Constituição de 1891, s/p.
- LAMBERT, Edouard. Il governo dei giudici e la lotta contra la legislazione sociale negli Stati Uniti. Traduttore D'Oracio R. Milano: Giuffrè, 1996.
- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. Tradução de Aurélio Wander Bastos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.
- LAURENZANO, Ettore. Corte costituzionale e parlamento. Roma: Bulzoni, Editore, 1983.
- LAVROFF, Dmitri Georges. El consejo constitucional francés y garantia de las libertades públicas. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, v. I, n. 3, set./dez. 1981.
- LEAL, Victor Nunes. Problemas de direito público e outros problemas. V. 1. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 8. ed. São Paulo: Método, 2005.
- LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, A. Congresso Nacional: organização, processo legislativo e produção legal. Cadernos de Pesquisa, n. 5, out. 1996. Disponível em: <www.cebrap.org.br/imagens/arquivos>. Acesso em: 24 jun. 2010.
- LITALA, Luigi de. Diritto processuale del lavoro. Torino: Torinese, 1936.
- LLORENTE, Francisco Rubio. Constituciones de los Estados de la Unión Europea. Barcelona: Ariel, 1997.
- LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos. Tradução de Magda Lopes e Maria Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
- LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la Constitución. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. edición. Barcelona: Ariel, 1976.
- LOPES, Otavio Brito. O poder normativo da justiça do trabalho após a Emenda Constitucional n. 45. Revista LTr, v. 69, n. 02, fevereiro de 2005.

- MAGIAMELI, Stelio. Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana Allá domatica europea della tutela dei diriritti fondamentali. Disponível em: < www.giurcost.org/studi/mangiameli.html >. Acesso em: 9 jan. 2010.
- MALBERG, Raymond Carré de. Teoría general del Estado. Tradução de José Lion Depetre. México: Facultad de Derecho – UNAM, Fondo de Cultura Econômica, 2001.
- MARINHO, Josaphat. O art. 64 da Constituição e o papel do senado. Revista de Informação Legislativa, ano I, v. 2. 1964.
- MARIONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. Curso de processo civil. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- MARQUES, Luiz Guilherme. A justiça na França. São Paulo: Editora de Direito, 2001.
- MARTINES, Temistocle. Diritto costituzionale. 6. ed. Milano: Giuffrè, 1990.
- MARTÍNEZ, Maria Assunción García. El control de constitucionalidad de las leyes. Lima: Jurista, Editores, 2005.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.99. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra. Processo coletivo do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.
- MAXIMILIANO, Carlos. Comentários à Constituição brasileira. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929.
- MAZILLI, Hugo N. O inquérito civil. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MEDEIROS, Rui. A decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica, Editora, 1999.
- MELLO, Cláudio Ari. Democracia constitucional e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MELLO, José Luiz de Anhaia. Da separação de poderes à guarda da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MENAUT, Antonio Carlos Pereira. Lecciones de teoría constitucional. 3. ed. Madrid: Colex, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O apelo ao legislador – Appellentscheidung – na práxis da Corte Constitucional Federal alemã. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, ano 45, n. 179, jan./jun. 1992.

_____. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. Disponível em: < www.jus2.uol.com.br/doutirna/texto >. Acesso em: 21 ago. 2010.

MÉNDEZ, Emílio Garcia. Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: reflexões para uma nova agenda. Revista Internacional de Direitos Humanos, Rede Universitária de Direitos Humanos – SUR, ano 1, n. 1, 1º semestre, 2004.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Constituição e inconstitucionalidade. Tomo II, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

_____. Manual de direito constitucional. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição. Tomo VI. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MODUGNO, Franco. Ancora sui controversi rapporti tra Corte Costituzionale e Potere Legislativo. Giurisprudenza Costituzionale, v. 33, n. 1, gen./FEB. 1988.

_____. La Corte Costituzionale italiana oggi. In: Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli. V. 1. Padova: CEDAM, 1985.

MONDIN, Batista. Curso de filosofia. V. 1. São Paulo: Paulus, 1981.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. Tradução Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES FILHO, Evaristo de. Processo do trabalho. São Paulo: LTr, 1989.

MORAES, Alexandre de. Comentários à Lei n. 9.882/99 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (org). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de Injunção. *Revista de Processo*. 56/110, out./dez. 1989.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MUÑOZ, Juan Carlos Dueñas. *Constitución y relaciones internacionales*. El control constitucional prévio en la Comunidad Andina, el Mercosur, y su tratamiento en la Constitución Política del Estado de la República de Bolívia. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latino-americano*. 12º Ano. Tomo I. Montevideu: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

MUSSO, Enrico Spagna. *Diritto costituzionale*. 4. ed. Padova: CEDAM, 1992.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Análisis filosófico, jurídico y politológico della práctica constitucional. 1ª reimpressão. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 2000.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras – 1824*. V. I. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, 2001.

PACHECO, Cláudio. *Tratado das Constituições*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

PALADIN, Lívio. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 1998.

PELICIOLI, Angela Cristina. *A antecipação de tutela no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999.

PERONE, Giancarlo. A liberdade sindical na Itália, In: FREDIANE, Yone (org). *Relações de direito coletivo Brasil – Itália*. Tradução de Yone Frediani. São Paulo: LTr, 2004.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIPERNO, Clelia. *La corte costituzionale e il limite di political question*. Milano: Giuffrè, 1991.

PIZZORUSSO, Alessandro. Sui limiti della potestà normativa della Corte Costituzionale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, v. 25, lug./set. 1981.

_____. *Sistemi juridici comparati*. Milano: Giuffrè, 1998.

PORTO, Walter Costa. Constituições brasileiras. V. IV. 1937. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

QUEIROZ, Cristina M. M. Os actos políticos no Estado de Direito: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990.

QUIRINO, Célia Galvão; MONTES, Maria Lúcia. Constituições. 2. ed. Série Princípios. São Paulo: Ática, 1992.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos. 1ª ed. 2ª tiragem, ed. Saraiva, 2010.

_____. “Perspectivas de Evolução”. p. 330

RAN Hirschl, *The Judicialization of politics*. Whittington, Kelemen e Caldeira (eds.) *The Oxford Handbook of law and Politics*, 2008, p. 124-5

RANELLETTI, Oreste. Istituzioni di diritto pubblico il nuovo diritto pubblico italiano. Padova: CEDAM, 1935.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REBUFFA, Giorgio. La funzione giudiziaria. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 1993.

RIBEIRO, Fávila. Direito eleitoral. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RIPPER, Walter Wilian. Poder normativo da justiça do trabalho após a EC n. 45/04. Disponível em: < www.jus2.uol.com.br/doutrina >. Acesso em: 12 jun. 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. Súmula Vinculante e Democracia. Ed. Atlas, 2009.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. Retos de la reforma judicial en las sociedades de la información. La situación España y Peru. In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. 12º año. V. I. Montevidéo: Konrad Adenauer, 2006.

ROLLA, Giancarlo & GROPPI, Tania. Tra política e giurisdizione: evoluzione e sviluppo della giustizia Costituzionale in Itália. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, n. 2 – Enero-junio 2000.

ROSAS, Roberto. Direito processual constitucional. Princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROSSEAU, Jean-Jacques. Os pensadores. Do contrato social – Ensaio sobre a origem das línguas. Tradução de Lourdes Santos Machado. Introduções e notas de

- Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. V. I. São Paulo: Nova Cultura, 1997.
- ROYO, Javier Pérez. Curso de derecho constitucional. 4. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. Juez y lei desde el punto de vista del principio de igualdad. In: la forma del poder. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- RUIZ, Marian Ahumada. Hay alternativas a la judicial review? In: GÓMEZ, Juan Veja & SOSA, Edgard Corzo (org). Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memorial del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- SAGÜES, Nestor Pedro. Derecho procesal constitucional. Tomo 1. 2. ed. Buenos Aires: Ástrea, 1989.
- SALAZAR, Alcino. Poder judiciário: bases para a reorganização. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Réu, 2002.
- SANTIVÁÑEZ, José A. Rivera. Supremacia constitucional y sistemas de control de constitucionalidad. In: OTSU, Susana Ynes Castañeda (org). Derecho procesal constitucional. Tomo I. 2. ed. Lima: Juristas, Editores, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHIMITT, Carl. La defensa de la Constitución. Tradução de Manule Sanchez Sarzo. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- SCHWARTZ, Bernard. Direito constitucional americano. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SCHWARTZENBERG, Roger-Gérard. Sociologia Política, ed. Difel .1981.
- SEGADO, Francisco Fernández. El sistema constitucional español. Madrid: Dykinson, 1992.
- SETTE, Francesco. Corso di diritto processuale del lavoro. Milano: A. Giuffrè, 1939.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Curso de direito constitucional positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito. São Paulo: USP, 2004. (tese de Livre-Docência).

SILVESTRI, Gaetano. Le sentenze normative della Corte Costituzionale. In: Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli. Padova: CEDAM, 1985.

_____. Relazioni e interventi. In: Corte Costituzionale – Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81, U. C., della Costituzione. Atti del Seminario Svoltosi in Roma Palazzo della Consulta Nei giorni 8 e 9 novembre 1991. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. Sovranità popolare e magistratura. In: Legalità costituzionale/magistratura e politica. Fascicolo: 3/2003. Disponível em: < www.costituzionalismo.it/articolo.asp?id=107 >. Acesso em: 28 jul. 2010.

STONE, Alec. The birth of judicial politics in France. In: The constitutional council in comparative perspective. New York: Oxford University Press, 1992.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. Estudos Jurídicos, v. 35, n. 95, set./dez. 2002.

_____. Súmulas no direito brasileiro. Eficácia, poder e função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo. A Justiça do Trabalho 55 anos depois. Revista LTr, v. 60, n. 07, de julho de 1996.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Giugno 1997, anno LI, n. 2.

TAVARES, André Ramos. Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (org). Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n. 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Teoria da justiça constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Tratado da argüição de preceito fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

- TESHEINER, José Maria Rosa. Notas sobre a argüição de descumprimento de preceito fundamental. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 283, maio/2001.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 2. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977.
- TREU, Tiziano. *Sistemas de solução de conflitos de trabalho na Itália*. Tradução de Gigliola Capodaglio. In: RODRIGUES, Aluisio (org). *Direito constitucional do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Brasil e o pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais*. In: *Relatório da IV Conferência Nacional de Direitos Humanos*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2000.
- USERA, Raúl Canosa. *Dificultades para Le articulación de la justicia constitucional y la jurisdicción ordinaria em España*. In: OTSU, Susana Ynes Castañeda (org). *Derecho procesal constitucional*. Tomo I. 2. ed. Lima: Jurista, Editores, 2004.
- VALLE, Rubén Hernández. *La problemática de las sentencias normativas*. In: OTSU, Susana Ynes Castañeda (org). *Derecho procesal constitucional*. Tomo I, Lima: Jurista, 2004.
- VARI, Massimo. *Il controllo giudiziario delle omissioni legislative*. In: ANTONIAZZI, Nelcir (coord.). *Anais da XIX Conferência Nacional dos Advogados*. República, Poder e Cidadania. V. 1. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2006.
- VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar. *A crise da justiça em Portugal*. *Cadernos Democráticos* n. 3, Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1998.
- _____. *A separação dos poderes na Constituição americana. Do veto legislativo ao executivo unitário – a crise regulatória*. Coimbra: Coimbra Editora – Boletim da Faculdade de Coimbra – Universidade de Coimbra, 1994.
- VÁSQUEZ, Enrique. *Hacia una concepción de los derechos humanos*. *Revista do Instituto Interamericano de Derecho Humanos*, n. 5, enero/junio 1987.
- VENDITTI, Carlo. *Principii di diritto corporativo*. Napoli: s/e, 1937.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2001.
- VIANA, Francisco José de Oliveira. *Problemas de direito corporativo*. São Paulo: São Paulo Editora, 1939.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais – uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- VILHENA, Paulo Emílio de. *Da sentença normativa*. Belo Horizonte: s/e, 1961.

VOCI, Pasquale. Istituzioni di diritto romano. Terza edizione. Milano: A. Giuffrè, 1954.

YUPANQUI, Samuel B. Abad. Apresentação. In: REVORIO, Francisco Javier Diaz. La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del tribunal constitucional. Lima: Palestra, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La giustizia costituzionale. 1. ed. Bologna: Il Mulino, 1977.

_____. Il diritto mite. Torino: Einaudi Contemporânea, 1992.

_____. Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionale. In: Corte costituzionale – Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81, U. C., della Costituzione. Atti del Seminario Svoltosi in Roma Palazzo della Consulta Nei giorni 8 e 9 novembre 1991. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. La giurisdizione costituzionale. In: AMATO, Giuliano; BARBERA, Augusto. Manuale di diritto pubblico. L'organizzazione costituzionale. V. II. 5. ed. Bologna: Il Mulino, 1997.

_____. El derecho dúctil. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Valladolid: Trotta, 1999.

_____. Il giudice per diritto ad per rovescio – La Stampa de 26 de março de 2003. Disponível em: < www.Lastampa.it/redazione >. Acesso em: 8 ago. 2010.

_____. Essere delle istituzioni. Napoli: Editoriale Scientifica, 2005.

_____. A lei, o direito e a Constituição. Tradução de António Rocha. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos> >. Acesso em: 29 set. 2005.

_____. Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto. Volume primo. Torino: UTET, 2006.

ZAMUDIO, Hector Fix. Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965. 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1968.

ZANOBINI, Guido. Corso di diritto corporativo. Milano: A. Giuffrè, 1942.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. Diritto processuale civile. V. I. Milano: A. Giuffrè, 1946-1948.

Referências Jurisprudenciais

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC-MC-QO n. 189/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 9.6.04, publicado no DJ de 27.8.04.

_____. ACO-AgR n. 597/SC, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3.10.02, publicado no DJ de 10.8.06.

_____. ADC n. 1/DF, rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 1º. 12.93, publicado no DJ de 16.6.95.

_____. ADC-MC n. 4/DF, rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 11.2.98, publicado no DJ de 21.5.99.

_____. ADC-MC n. 8/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13.10.99, publicado no DJ de 4.4.03.

_____. ADI n. 1.127/DF, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 6.10.94, publicado no DJ de 29.6.01.

_____. ADI n. 1.417/DF, rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 2.8.89, publicado no DJ de 23.3.01.

_____. ADI n. 1.442/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 3.11.04, publicado no DJ de 29.4.05.

_____. ADI n. 1.557/DF, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 31.3.04, publicado no DJ de 18.6.04.

_____. ADI n. 1.695/PR, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 3.3.04, publicado no DJ de 28.5.04.

_____. ADI n. 1.755/DF, rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 15.10.98, publicado no DJ de 18.5.01.

_____. ADI n. 1.822/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 26.6.98, publicado no DJ de 10.12.99.

_____. ADI n. 1.946/DF, rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 3.4.03, publicado no DJ de 16.5.03.

_____. ADI n. 1.996/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 16.6.99, publicado no DJ de 28.2.03.

_____. ADI n. 2.100/RS, rel. Min. Néri da Silveira, redator p/ acórdão Min. Nelson Jobim, julgamento em 17.12.99, publicado no DJ de 1º. 6.01.

_____. ADI n. 2.652/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 8.5.03, publicado no DJ de 14.11.03.

_____. ADI n. 2.884/RJ, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2.12.04, publicado no DJ de 20.5.05.

_____. ADI n. 2.925/DF, rel. orig.: Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, julgamento em 19.12.03, publicado no DJ de 4.3.05.

_____. ADI n. 3.022/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2.8.04, publicado no DJ de 4.3.05.

_____. ADI n. 3.105/DF, rel. p/ acórdão Min. Cezar Peluso, decisão de 18.4.04, publicada no DJ de 18.2.05.

_____. ADI n. 3.246/PA, rel. Min. Carlos Brito, julgamento em 19.4.06, publicado no DJ de 1º. 9.06.

_____. ADI n. 3.324/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16.12.04, publicado no DJ de 5.8.05.

_____. ADI n. 3.459/RS, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 24.8.05, publicado no DJ de 7.4.06.

_____. ADI n. 3.615/PB, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 30.8.06, publicado no DJ de 8.9.06. Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 438.

_____. ADI n. 3.685/DF, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22.3.06, publicado no DJ de 10.8.06.

_____. ADI-ED n. 2.994/BA, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 31.5.06, publicado no DJ de 4.8.06.

_____. ADI-MC n. 1.458/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23.5.96, publicado no DJ de 20.9.06.

_____. ADI-MC n. 1.434/SP, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29.8.96, publicado no DJ de 22.11.96.

_____. ADI-MC n. 1.946/DF, rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 29.4.99, publicado no DJ de 14.9.01.

_____. ADI-MC n. 2.105/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23.3.00, publicado no DJ de 28.4.00.

_____. ADI-MC n. 2.325/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 23.9.04, publicado no DJ de 6.10.06.

_____. ADI-MC n. 3.395/DF, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 5.4.06, publicado no DJ de 10.11.06.

_____. ADI-MC n. 3.854/DF, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento da liminar em 20.2.07, publicado no DJ de 8.3.07.

_____. ADI-QO n. 234/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 4.10.95, publicado no DJ de 9.5.97.

_____. ADI-QO n. 652/MA, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2.4.92, publicado no DJ de 2.4.93.

_____. ADPF-MC n. 10/AL, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 4.9.01, publicado no DJ de 13.9.01.

_____. ADPF-MC n. 33/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29.10.03, publicado no DJ de 6.8.04.

_____. ADPF-MC n. 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29.4.04, publicado no DJ de 4.5.04.

_____. ADPF-MC n. 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, decisão liminar concedida em 28.9.04, revogada em 20.10.04. Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 354.

_____. ADPF-MC-QO n. 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 20.10.04, publicado no DJ de 28.10.04. Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 366.

_____. ADPF-QO n. 1/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 3.2.00, publicado no DJ de 7.11.03.

_____. ADPF-QO n. 3/CE, rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 18.5.00, publicado no DJ de 27.2.04.

_____. AI n. 147.608/SP, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6.4.93, publicado no DJ de 13.8.93 (RTJ 151/278-279).

_____. AI n. 148.475/SP, rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 2.3.93, publicado no DJ de 30.4.93 (RTJ 147/1010).

_____. AI-AgR n. 533.378/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 25.4.06, publicado no DJ de 19.5.06.

_____. MI n. 20/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19.5.94, publicado no DJ de 22.11.96.

_____. MI n. 73/DF, rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 7.10.94, publicado no DJ de 19.12.94.

_____. MI n. 102/PE, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 12.2.96, publicado no DJ de 25.10.02.

_____. MI n. 342/SP, rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 8.4.94, publicado no DJ de 9.12.94.

_____. MI n. 361/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 8.4.94, publicado no DJ de 17.6.94.

_____. MI n. 670/ES, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25.10.07, publicado no DJ de 6.11.07.

_____. MI n. 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25.10.07, publicado no DJ de 6.11.07.

_____. MI n. 485/MT, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 25.4.02, publicado no DJ de 23.8.02.

_____. MI n. 585/TO, rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 15.5.02, publicado no DJ de 2.8.02.

_____. MI n. 543/DF, rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 26.10.00, publicado no DJ de 24.5.00.

_____. MI n. 107/DF, rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 21.11.90, publicado no DJ de 2.8.91.

_____. MI n. 168/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 21.3.90, publicado no DJ de 20.4.90.

_____. MI n. 191/RJ, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15.12.89, publicado no DJ de 1º.2.90.

_____. MI n. 232/DF, rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 2.8.91, publicado no DJ de 27.3.92.

_____. MI n. 282-1/DF, rel. Min. Octavio Gallotti, decisão de 7.5.92, publicada no DJ de 12.5.92.

_____. MI n. 283/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 20.3.91, publicado no DJ de 14.11.91.

_____. MI n. 361/RJ, rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 8.4.94, publicado no DJ de 17.6.94.

_____. MI n. 42/DF, rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 15.12.89, publicado no DJ de 7.2.90.

_____. MI n. 562/RS, rel. p/ acórdão Min. Ellen Gracie, julgamento em 20.2.03, publicado no DJ de 20.6.03.

_____. MI n. 712/PA, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25.10.07, publicado no DJ de 6.11.07.

_____. MI n. 715/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28.2.05, publicado no DJ de 28.2.05.

_____. MI-QO n. 107/DF, rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 23.11.89, publicado no DJ de 21.9.90.

_____. MS 21.077/GO, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 9.5.90, publicado no DJ de 3.8.90.

_____. MS 23.452/RJ, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, decisão de 16.9.99, publicada no DJ de 12.5.00.

_____. MS Rec. n. 17.976/SP, rel. Min. Amaral Santos, julgamento em 13.9.68, publicado no DJ de 24.9.69.

_____. Pet-AgR n. 2.653/AP, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30.4.02, publicado no DJ de 3.10.03.

_____. Pet-QO n. 2.466/PR, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14.5.02, publicado no DJ de 24.11.06.

_____. Pet-QO n. 2.705/SP, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 27.8.02, publicado no DJ de 20.5.05.

_____. Rcl. n. 2.256/RN, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11.9.03, publicado no DJ de 30.4.04.

_____. Rcl-AgR n. 1.880/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 7.11.02, publicado no DJ de 19.3.04.

_____. RE n. 197.917/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 6.6.02, publicado no DJ de 7.5.04.

_____. RE n. 266.994/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 31.3.2004, publicado no DJ de 11.6.04.

_____. RE n. 293.412/SP, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15.4.06, publicado no DJ de 29.5.06.

_____. RE n. 300.343/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 31.3.04, publicado no DJ de 11.6.04.

_____. RE-AgR n. 382.939-4/PR, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 15.2.06, publicado no DJ de 24.2.06.

_____. RE-AgR n. 454.421/ES, rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 23.5.06, publicado no DJ de 8.9.06.

_____. RE-AgR n. 470.735/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 9.5.06, publicado no DJ de 30.6.06.

_____. RE-AgR n. 255.627/RS, rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 21.11.00, publicado no DJ de 23.2.01.

_____. RE-AgR n. 410.715/SP, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22.11.05, publicado no DJ de 3.2.06.

_____. RE-AgR n. 419.680/AL, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 20.9.05, publicado no DJ de 28.10.05.

_____. RE-AgR n. 382.939/PR, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 15.2.06, publicado no DJ de 24.2.06.

_____. Recl. n. 1.169/PR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 6.3.02, publicado no DJ de 31.5.02.

_____. Recl. n. 1.987/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 1º.10.03, publicado no DJ de 21.5.04.

_____. Recl. n. 2.076/MG, rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 3.10.02, publicado no DJ de 8.11.02.

_____. Recl. n. 2.126/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática publicada no DJ de 19.8.02.

_____. Recl. n. 2.224/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 26.10.05, publicado no DJ de 10.2.06.

_____. Recl. n. 2.256/RN, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11.9.03, publicado no DJ de 30.4.04.

_____. Recl. n. 2.363/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática publicada no DJ de 1º.4.05.

_____. Recl. n. 383/SP, rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 11.6.92, publicado no DJ de 21.5.93.

_____. Recl. n. 597/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3.9.97, publicado no DJ de 11.9.97.

_____. Recl. n. 600/SP, rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 3.9.97, publicado no DJ de 5.12.03.

_____. Recl. n. 602/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 3.9.97, publicado no DJ de 14.2.03.

_____. Recl-AgR n. 2.143/Sp, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12.3.03, publicado no DJ de 6.6.03.

_____. Recl-AgR n. 2.617/MG, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 23.2.05, publicado no DJ de 20.5.05.

_____. Recl-AgR n. 425/RJ, rel. Min. Néri da Silveira, decisão de 27.5.93, publicada no DJ de 22.10.93.

_____. Recl-AgR n. 2.617/MG, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 23.2.05, s/p.

_____. Recl-MC n. 2.986/SE, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática de 11.3.05. Informativo do Supremo Tribunal Federal n. 379.

_____. RE-ED n. 219.934/SP, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 13.10.04, publicado no DJ de 26.11.04 e RT, v. 94, n. 835, 2005.

_____. ROMS n. 22.307/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 19.2.97, publicado no DJ de 13.6.97.

_____. Rp. n. 1.417/DF, rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 9.12.87, publicado no DJ de 15.4.88.

_____. Rp. n. 948/SE, rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 27.10.76, publicado no DJ de 18.3.76.

_____. SS n. 3.145/RN, rel. Min. Ellen Gracie, decisão de 11.4.07, publicada no DJ de 18.4.07.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. Sentença n. 49/1983, Juiz Presidente: Elia, Juiz Relator: Gallo, decisão de 28.1.83, publicada em 10.3.83. Disponível em: < www.cortecostituzionale.it >. Acesso em: 10 jan. 2010.

_____. Sentença n. 361/1998, Juiz Presidente: Granata, Juiz Relator: Neppi Modona, decisão publicada em 4.11.98. Disponível em: < www.cortecostituzionale.it >. Acesso em: 18 jan.2010.

_____. Sentença n. 26/1961, Juiz Presidente: Cappi, Juiz Relator: Papaldo, decisão de 20.5.61, publicada em 3.7.61. Disponível em: < www.cortecostituzionale.it >. Acesso em: 4 jun. 2010.

_____. Sentença n. 63/1966, Juiz Presidente: Ambrosi, Juiz Relator: Branca, decisão de 1º.6.66. Disponível em: < www.cortecostituzionale.it >. Acesso em: 25 jun. 2010.

_____. Sentença n. 240/1994, Juiz Presidente: Casavola, Juiz Relator: Mengoni, decisão de 8.6.94, publicada em 15.6.94. Disponível em: < www.cortecostituzionale.it >. Acesso em: 22 jun. 2010.

_____. Sentença n. 243/1993, Juiz Presidente: Casavola, Juiz Relator: Spagnoli, decisão de 26.5.93. Disponível em: < www.cortecostituzionale.it >. Acesso em: 28 jun. 2010.

_____. Sentença n. 185/1998, Juiz Presidente: Francesco Guizzi, decisão de 20.5.98, publicado em 3.6.98. Disponível em: < www.cortecostituzionale.it >. Acesso em: 18 jun. 2010.

_____. Sentença n. 15/1969, Juiz Presidente: Sandulli, Juiz Relator: Crisafulli, decisão de 12.2.69. Disponível em: < www.cortecostituzionale.it >. Acesso em: 27 jun. 2010.

_____. Sentença n. 68/1978, Juiz Presidente: Amadei, Juiz Relator: Paladin, decisão de 16.5.78. Disponível em: < www.cortecostituzionale.it >. Acesso em: 27 jun. 2010.

_____. Sentença n. 225/1974, Juiz Presidente: Bonifácio, Juiz Relator: Verzi, decisão de 9.7.74. Disponível em: < www.cortecostituzionale.it >. Acesso em: 28 jun. 2010.

_____. Sentença n. 826/1988, Juiz Presidente: Saja, Juiz Relator: Spagnoli, decisão de 13.7.88, publicada em 20.7.88. Disponível em: < www.cortecostituzionale.it >. Acesso em: 20 ago. 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Atkins v. Virgínia (8452) [June 20, 2002]. Supreme Court of the United States. Disponível em: < <http://supct.law.cornell.edu/supct/html1/00-8452> >. Acesso em: 25 jul. 2010.