LUÍS ROBERTO BARROSO

CURSO DE
Direito Constitucional
CONTEMPORÂNEO

OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTRUÇÃO DO NOVO MODELO

2ª edição

Editora Saraiva

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

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

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

Sobre nós:

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

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

LUÍS ROBERTO BARROSO
Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Mestre em Direito pela Universidade de Yale. Advogado.

CURSO DE Direito Constitucional CONTEMPORÂNEO

OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTRUÇÃO DO NOVO MODELO

2- edição 2010

Aos que sonharam com a revolução que não veio. Aos que não perderam o ideal.

ÍNDICE GERAL

Abreviaturas e periódicos utilizados XV Introdução XIX
PARTE I TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS E A EVOLUÇÃO DAS IDÉIAS
CAPÍTULO I CONSTITUCIONALISMO
I O SURGIMENTO DO IDEAL CONSTITUCIONAL E SEU DESENCONTRO HISTÓRICO 3
1 Generalidades 3
2 Da Antigüidade Clássica ao início da Idade Moderna 6
II O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E CONTEMPORÂNEO 10
1 Experiências precursoras do constitucionalismo liberal e seu estágio atual 10
1.1 Reino Unido 10
1.2 Estados Unidos da América 15
1.3 França 23
2 Um caso de sucesso da segunda metade do século XX: a Alemanha 33

3 O constitucionalismo no início do século XXI 40
CAPÍTULO II DIREITO CONSTITUCIONAL
I O DIREITO CONSTITUCIONAL NO UNIVERSO JURÍDICO 43
1 Generalidades 43
2 Conceito 47
2.1 A ciência do direito constitucional 48
2.2 O direito constitucional positivo 49
2.3 O direito constitucional como direito subjetivo 50
3 Objeto 51
II O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO DIREITO PÚBLICO 53
1 Direito público e direito privado 53
2 Regime jurídico de direito público e de direito privado 56
III A EXPANSÃO DO DIREITO PÚBLICO E DA CONSTITUIÇÃO SOBRE
O DIREITO PRIVADO 58
IV ESPAÇO PÚBLICO E ESPAÇO PRIVADO. EVOLUÇÃO DA DICOTOMIA.
UM DRAMA BRASILEIRO 60
1 Origens da distinção 60
2 O desaparecimento do espaço público: Império Romano e sistema feudal 63
3 A reinvenção do público: do Estado patrimonial ao Estado liberal 64
4 A volta do pêndulo: do Estado social ao neoliberalismo 66
5 O público e o privado na experiência brasileira 67
V A SUBSISTÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO 69
1 O Estado ainda é protagonista 68
2 Sentido e alcance da noção de interesse público no direito contemporâneo 70
CAPÍTULO III CONSTITUIÇÃO /
I NOÇÕES FUNDAMENTAIS 74
II REFERÊNCIA HISTÓRICA 76
III CONCEPÇÕES E TEORIAS ACERCA DA

CONSTITUIÇÃO 79
IV TIPOLOGIA DAS CONSTITUIÇÕES 81
V CONTEÚDO E SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS 83
VI A CONSTITUIÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO 85
VII CONSTITUIÇÃO, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA 88
CAPÍTULO IV PODER CONSTITUINTE
I CONCEITO, ORIGENS E GENERALIDADES 95
II PROCESSOS CONSTITUINTES E MODELOS CONSTITUCIONAIS 98
III TITULARIDADE E LEGITIMIDADE DO PODER CONSTITUINTE 104
IV NATUREZA E LIMITES DO PODER CONSTITUINTE 110
1 Condicionamentos pré-constituintes 111
2 Condicionamentos pós-constituintes 114
V PROCEDIMENTO 117
VI PODER CONSTITUINTE E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA 120
CAPÍTULO V MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL
I CONCEITO E GENERALIDADES 123
II FUNDAMENTO E LIMITES 127
III MECANISMOS DE ATUAÇÃO 129
1 A interpretação como instrumento da mutação constitucional 130
2 Mutação constitucional pela atuação do legislador 133
3 Mutação constitucional por via de costume 135
IV MUDANÇA NA PERCEPÇÃO DO DIREITO E MUDANÇA NA REALIDADE DE FATO 137
CAPÍTULO VI REFORMA E REVISÃO CONSTITUCIONAL
I GENERALIDADES 140
II
A QUESTÃO TERMINOLÓGICA: PODER CONSTITUINTE DERIVADO, REFORMA, REVISÃO E EMENDA. PODER CONSTITUINTE DECORRENTE
145
III NATUREZA JURÍDICA E LIMITES 147
IV LIMITES TEMPORAIS E CIRCUNSTANCIAIS 149
V LIMITES FORMAIS

152
VI LIMITES MATERIAIS
160
1 Noção e antecedentes
160
2 Fundamento de legitimidade
162
3 A questão da dupla revisão
164
4 Os limites materiais implícitos
166
5 Cláusulas pétreas e hierarquia
167
6 Os limites materiais na experiência brasileira e na Constituição de 1988 168
6.1 A forma federativa do Estado 172
6.2 O voto direto, secreto, universal e periódico 174
6.3 A separação de Poderes
174
6.4
Os direitos e garantias individuais 177 6.4.1 A questão do direito adquirido 183
CAPÍTULO VII NORMAS CONSTITUCIONAIS
I NORMAS JURÍDICAS 189
1 Generalidades
189
2 Algumas classificações
191
3 Dispositivo, enunciado normativo e norma 194
II NORMAS CONSTITUCIONAIS
197
1 A Constituição como norma jurídica
197
2 Características das normas constitucionais 198
3 Conteúdo material das normas constitucionais 201
4 Princípios e regras: as diferentes funções das normas constitucionais 204
5 A eficácia das normas constitucionais
213
III A CONQUISTA DA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS
NO DIREITO BRASILEIRO 218
1 Antecedentes históricos
218
2 Normatividade e realidade fática: possibilidades e limites do direito constitucional 219

3 Conceito de efetividade 221
4 Os direitos subjetivos constitucionais e suas garantias jurídicas 222
5 A inconstitucionalidade por omissão 223
6 Consagração da doutrina da efetividade e novos desenvolvimentos teóricos 225
PARTE II O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: MUDANÇAS DE PARADIGMAS E A CONSTRUÇÃO DO MODELO CONTEMPORÂNEO
CAPÍTULO I ANTECEDENTES TEÓRICOS E FILOSÓFICOS
I A TEORIA JURÍDICA TRADICIONAL 229
II A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO 230
III ASCENSÃO E DECADÊNCIA DO JUSNATURALISMO 235
IV ASCENSÃO E DECADÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO 239
CAPÍTULO II TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO
I A FORMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO 243
II MARCO HISTÓRICO: PÓS-GUERRA E REDEMOCRATIZAÇÃO 245
III MARCO FILOSÓFICO: A CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO 247
1 O princípio da dignidade da pessoa humana 250
2 O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade 255
IV MARCO TEÓRICO: TRÊS MUDANÇAS DE PARADIGMA 262
1 A força normativa da Constituição 262
2 A expansão da jurisdição constitucional 263
3 A reelaboração doutrinária da interpretação constitucional 265
4 Um novo modelo 266
CAPÍTULO III A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL
I GENERALIDADES 269
1 Introdução 269
2 Terminologia: hermenêutica, interpretação, aplicação e construção 270
3 Especificidade da interpretação constitucional 272

II OS DIFERENTES PLANOS DE ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL 274
1 O plano jurídico ou dogmático 274
2 O plano teórico ou metodológico 275
2.1 As escolas de pensamento jurídico 275
2.2 As teorias da interpretação constitucional 279
2.2.1 Alguns métodos da teoria constitucional alemã 279
2.2.2 O debate na teoria constitucional americana 281
3 O plano da justificação política ou da legitimação democrática 284
4 A interpretação constitucional como concretização construtiva 287
III A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SOB PERSPECTIVA TRADICIONAL 288
1 Algumas regras de hermenêutica 288
2 Elementos tradicionais de interpretação jurídica 291
2.1 Interpretação gramatical, literal ou semântica 292
2.2 Interpretação histórica 293
2.3 Interpretação sistemática 295
2.4 Interpretação teleológica 296
3 A metodologia da interpretação constitucional tradicional 297
4 Princípios instrumentais de interpretação constitucional 298
4.1 Princípio da supremacia da Constituição 300
4.2 Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos 301
4.3 Princípio da interpretação conforme a Constituição 302
4.4 Princípio da unidade da Constituição 303
4.5 Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade 305
4.6 Princípio da efetividade 306
CAPÍTULO IV NOVOS PARADIGMAS E CATEGORIAS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

I PREMISSAS METODOLÓGICAS DA NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL 307
1 A norma, o problema e o intérprete 308
2 Algumas categorias jurídicas utilizadas pela nova interpretação constitucional 310
II OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS 312
III A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS 317
1 Recapitulando os conceitos fundamentais 317
2 Modalidades de eficácia dos princípios constitucionais 319
2.1 Eficácia direta 319
2.2 Eficácia interpretativa 320
2.3 Eficácia negativa 321
3 Algumas aplicações concretas dos princípios 321
IV A COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS 329
V A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO 334
VI A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA 339
1 Algumas anotações teóricas 339
2 Alguns aspectos práticos 342
CAPÍTULO V A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO
I GENERALIDADES 352
II ORIGEM E EVOLUÇÃO DO FENÔMENO 353
III A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL 361
1 O direito infraconstitucional na Constituição 361
2 A constitucionalização do direito infraconstitucional 363
3 A constitucionalização do Direito e seus mecanismos de atuação prática 365
IV ALGUNS ASPECTOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO 367
1 Direito civil 367
2 Direito administrativo 373
3 Direito penal 378
V CONSTITUCIONALIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DAS

RELAÇÕES SOCIAIS 383
VI CONTROLANDO OS RISCOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO EXCESSIVA 392
Conclusão 396
Bibliografia 403
índice Alfabético-remissivo 441

ABREVIATURAS E PERIÓDICOS UTILIZADOS

ACO I Ação Cível Originária ADC I Ação Direta de Constitucionalidade ADIn I Ação Direta de Inconstitucionalidade ADPF I Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental ADV I Informativo Semanal Advocacia Dinâmica Ag I Agravo

AgRg I Agravo Regimental Al I Agravo de Instrumento AO I Ação Originária AP I Ação Penal AR I Ação Rescisória

BVerfGE I Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerfCC I Gesetz über das Bundesverfassungsgericht

DJU I Diário de Justiça da União

DORJ I Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro

EC I Emenda Constitucional

ED I Embargos de Declaração

EDiv I Embargos de Divergência

El I Embargos Infringentes

Extr. I Extradição

FA I Fórum Administrativo

HC I Habeas Corpus

IF I Intervenção Federal

Inf. STF I Informativo do Supremo Tribunal Federal

Inq. I Inquérito

IP I Revista Interesse Público

LN I Revista Lua Nova

MC I Medida Cautelar

Ml I Mandado de Injunção

MS I Mandado de Segurança

Pet. I Petição

QO I Questão de Ordem Rcl I Reclamação

RDA I Revista de Direito Administrativo RDAPNERJ I Revista de Direito da Associação dos

Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro

RDC I Revista de Direito Civil

RDCI I Revista de Direito Constitucional e Internacional RDCLB I Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro RDDT I Revista Dialética de Direito Tributário RDE I Revista de Direito do Estado RDP I Revista de Direito Público

RDPGERJ I Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado

do Rio de Janeiro RDRJ I Revista Del Rey Jurídica RE I Recurso Extraordinário REC I Revista de Estudos Criminais Rep I

Representação REsp I Recurso Especial RF I Revista Forense

RFDUFMG I Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

RFDUFRGS I Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

RFDUNL I Themis - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Lisboa RI I Representação de Inconstitucionalidade RIHJ I Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica RILSF I Revista de Informação Legislativa do Senado Federal RMS I Recurso em Mandado de Segurança RP I Revista de Processo

RPGERJ I Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro

RPGR I Revista da Procuradoria-Geral da República RSTJ I Revista do Superior Tribunal de Justiça R T I Revista dos Tribunais

RT-CDCCP I Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito

■ Constitucional e Ciência Política RT-CDTFP I Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito

Tributário e Finanças Públicas RTDP I Revista Trimestral de Direito Público RTJ I Revista Trimestral de Jurisprudência STF I Supremo Tribunal Federal STJ I Superior Tribunal de Justiça TJRJ I Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJRS I Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TRF I Tribunal Regional Federal

INTRODUÇÃO

TODO O SENTIMENTO

"Pretendo descobrir No último momento Um tempo que refaz o que desfez. Que recolhe todo o sentimento E bota no corpo uma outra vez."

Chico Buarque e Cristóvão Bastos

O direito constitucional e a teoria da Constituição passaram por uma revolução profunda e silenciosa nas últimas décadas. Disso resultou um conjunto amplo de transformações, que afetaram o modo como se pensa e se pratica o Direito no mundo contemporâneo. Este Curso procura expô-las didaticamente e refletir acerca de seu sentido e alcance. O presente volume contém a tentativa de elaboração de uma Parte Geral do direito constitucional, sistematizando e consolidando idéias desenvolvidas de maneira esparsa ao longo dos anos. Aproveito essa nota introdutória para lançar rapidamente o olhar para trás e fazer algumas coisas importantes, que a pressa da vida vai sempre deixando para depois: recordar alguns episódios, compartilhar realizações, registrar afetos e agradecer. Um breve depoimento, na primeira pessoa.

I A HISTÓRIA RECENTE

Descobri o Brasil não oficial em 1975, com a morte do jornalista Vladimir Herzog. Em 1976, ingressei na Faculdade de Direito da UERJ e, pouco à frente, apaixonei-me pelo direito constitucional. Não fui correspondido. Logo no início, em 1977, o General Ernesto Geisel fechou o Congresso, com base no Ato Institucional n. 5/68, e outorgou duas

emendas, conhecidas como Pacote de Abril. Um mau começo. Em 1978, iniciei uma militância intensa no movimento estudantil, tendo participado, com um grupo de colegas, da recriação do Centro Acadêmico Luiz Carpenter - Livre. Já não eram os anos de chumbo, mas ainda era um tempo difícil. Em 1979, com a aprovação da Lei da Anistia, constatei que a história, por vezes, anda rápido. E que o impossível de ontem é o insuficiente de hoje.

Concluí o curso de Direito em 1980. Foi o ano da explosão da bomba na OAB, seguida do atentado do Riocentro, em 1981. Dois alertas de que o jogo político nem sempre é limpo. Em 1982, comecei minha vida acadêmica. Um

veto dos órgãos de segurança empurrou-me do direito constitucional para o direito internacional privado. Foi boa a experiência. Em 1984, com a rejeição da emenda pelas Diretas já, aprendi que há vida depois da derrota. A morte de Tancredo Neves e a posse de José Sarney, em 1986, revelaram-me o papel do acaso e do fortuito na história. Em 1987, voltei a ensinar direito constitucional. Em 1988, quando foi promulgada a Constituição, eu já sabia que a vida é feita das circunstâncias e do possível, não do ideal.

II ASCENSÃO E TRIUNFO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Antes de me tornar professor, fui um militante do direito constitucional. E isso num tempo em que o direito constitucional não dava prestígio para ninguém. O Brasil era um país no qual antes se valorizava a lei ordinária, o regulamento, a portaria, o aviso ministerial. Em épocas mais obscuras, bastava um telefonema. Quando alguém queria minimizar uma questão, dizia com desdém: "Esse é um problema constitucional". Gosto de contar a boutade de que meu pai, no início da minha vida profissional, disse-me com voz grave: "Meu filho, você precisa parar com esse negócio de fumar, ser Flamengo, e o direito constitucional também não vai levá-lo a parte alguma. Estuda processo civil!". A verdade, no entanto, é que quem resistiu, venceu. E hoje já não há mais nada de verdadeiramente importante que se possa pensar ou fazer em termos de Direito no Brasil que não passe pela capacidade de trabalhar com as categorias do direito constitucional. Passamos da desimportância ao apogeu em menos de uma geração.

Este livro é, para mim, a celebração do triunfo do direito constitucional'. Não me refiro à consolidação de uma Constituição específica, mas à vitória do constitucionalismo, do sentimento constitucional, que até prescinde de um texto concreto. Trata-se de uma atitude diante da vida: o poder deve ser legítimo e limitado; quem não pensa igual a mim não é meu inimigo, mas meu parceiro na construção de uma sociedade plural; as oportunidades devem ser iguais para todos; quem se perdeu pelo caminho precisa de ajuda, e não de desprezo; toda vida fracassada é uma perda para a humanidade. Por isso mesmo, o Estado, a sociedade e o Direito devem funcionar de modo a permitir que cada um seja o melhor que possa ser. Em um mundo que assistiu ao colapso das ideologias de emancipação e redenção, este é um bom projeto político. Ou,

no mínimo, uma boa opção existencial.

1 Para essa história de sucesso, foi decisiva a contribuição de dois professores notáveis, que mantiveram acesa a chama, contribuindo para o desenvolvimento teórico e para a difusão do direito constitucional no Brasil: Paulo Bonavides e José Afonso da Silva (a ordem é cronológica).

III INSTITUIÇÕES, COMPANHEIROS E AMIGOS

Sou grato à Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, que me proporcionou o ambiente acadêmico onde vivi a maior parte da minha vida. E homenageio a instituição na pessoa de dois Reitores: Antônio Celso Alves Pereira, um encantador de almas, e Nival Nunes de Almeida, um homem de palavra. Na Faculdade de Direito, sou perenemente grato a dois grandes mestres que iluminaram o meu caminho: José Carlos Barbosa Moreira, exemplo de seriedade científica e de integridade pessoal; e Jacob Dolinger, com seu contagiante entusiasmo pelo Brasil - Pátria que o acolheu - e imensa generosidade com seus discípulos.

Compartilho este livro com companheiros queridos que participam comigo, há muitos anos, do projeto de oferecer ensino público de qualidade. No Programa de pós-graduação em direito público, Ricardo Lobo Torres e Paulo Braga Galvão foram os melhores parceiros que alguém poderia desejar. Juntos criamos um ambiente em que as pessoas se gostam, se admiram e se ajudam. Na graduação, são amigos queridos, desde o começo, os Professores Carmen Tiburcio, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Gustavo Tepedino (a ordem é de chegada). E dentre meus ex-alunos de graduação e de pós-graduação, que hoje são docentes da Casa e brilham na vida acadêmica, celebro as afinidades intelectuais e o afeto que me unem a Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm e Ana Paula de Barcellos (também em ordem de chegada).

A Faculdade de Direito da Universidade de Yale, nos Estados Unidos, onde fiz minha pós-graduação, proporcionou-me uma experiência de vida e de estudos extraordinária, além do convívio com Professores notáveis, como Bruce Ackerman e Harold Koh. Mais recentemente, Robert Post tem sido um interlocutor inestimável, a quem devo preciosas sugestões de leitura. Ao longo dos anos, inclusive na elaboração deste livro, passei temporadas dedicadas à pesquisa e à redação do texto na Universidade de Miami (sou grato à acolhida do Professor Keith Rosenn), na Academia de Direito Internacional da Haia, na Universidade de São Francisco (sou grato a Jack Garvey por uma estada maravilhosa), na Universidade de Georgetown e na Universidade George Washington (sou grato a Bob Cottrol pela ajuda e por ter me cedido sua sala na biblioteca). Na globalização do bem, o convívio, ainda que breve ou eventual, com pessoas como Eduardo Garcia de Enterría, Lorenzo Martin-Retortillo, Antônio Avelãs Nunes, Jorge Miranda e Ronald Dworkin, dentre outros, trouxe-me prazer pessoal, motivação e inspiração.

Na minha atuação profissional no direito constitucional e no direito público em geral, inúmeras pessoas emprestam-me, há muitos anos, seu talento, energia e dedicação. Dentre elas, Carmen Tiburcio (de novo),

Karin Basílio Khalili, Viviane Perez, Rafael Fonteles e, mais recentemente, Felipe Monnerat, Cláudio Pereira de Souza Neto e Helen Lima. Os melhores que há. Eduardo

Mendonça, por sua vez, prestou-me valiosa ajuda na preparação deste livro. Na juventude dos vinte e poucos anos, tornou-se um acadêmico de primeira linha e um interlocutor de grande qualidade. Registro, ainda, dois parceiros que já vêm de bem longe, dois presentes que a vida me deu. Nelson Nascimento Diz, com seu senso de humor desconcertante e inteligência luminosa, obriga a todos que o cercam a se tornarem melhores. Há quase vinte e cinco anos me beneficio de sua amizade, de suas idéias e de suas dicas sobre arte. A coordenação geral de tudo, como sabem os mais próximos, é de Ana Paula de Barcellos, uma paixão intelectual, síntese das virtudes que fazem de alguém uma grande pessoa e uma grande jurista. Não há palavras capazes de expressar, de modo preciso, o afeto fraterno e a transcendente parceria que celebramos já vai fazer quinze anos.

Por fim, um registro de carinho aos muitos amigos que habitam o lado não jurídico da minha vida e que, nos feriados e fins de semana, freqüentam a Villa Luna, em Itaipava. O pessoal que come, bebe e se diverte enquanto eu dou um duro danado (mas à noite eu me junto a todos). Vovô Beto (e vovó Judith, in memoriam). Vovó Detta. Miriam e César. Paulo e Sandra. Hélio e Mercedes. Tininha e Fábio. E os eventuais: Glória e Gustavo. Ankie e Marcos. Lima e Nádia. E, vez por outra, para alegria geral, o José Paulo, que vem sem o Sepúlveda Pertence. E, por fim, meus parceiros maiores, doces cúmplices de uma vida boa, dura e corrida: Tereza, Luna e Bernardo, um mundo à parte, de amor, alegria e paz. O livro, ainda dessa vez sem gravuras, é para eles. Fico devendo.

Brasília, 21 de junho de 2008. Luís Roberto Barroso

PARTE I

TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS E A EVOLUÇÃO DAS IDÉIAS

CAPÍTULO I CONSTITUCIONALISMO

Sumário: I - O surgimento do ideal constitucional e seu desencontro histórico. 1. Generalidades. 2. Da Antigüidade Clássica ao início da Idade Moderna. II - O constitucionalismo moderno e contemporâneo. 1. Experiências precursoras do constitucionalismo liberal e seu estágio atual. 1.1. Reino Unido. 1.2. Estados Unidos da América. 1.3. França. 2. Um caso de sucesso da segunda metade do século XX: a Alemanha. 3. O constitucionalismo no início do século XXI.

I O SURGIMENTO DO IDEAL CONSTITUCIONAL E SEU DESENCONTRO HISTÓRICO'

1 Generalidades

No princípio era a força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva. Os mitos e os deuses - múltiplos, ameaçadores, vingativos. Os líderes religiosos tornam-se chefes absolutos. Antigüidade profunda, pré-bíblica, época de sacrifícios humanos, guerras,

perseguições, escravidão. Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as relações interpessoais e, claro, protegem a propriedade. Tem início o processo civilizatório. Uma aventura errante, longa, inacabada. Uma história sem fim.

1 J. C. Smith e David N. Weisstub, The western idea of law, 1983; J. M. Kelly, A short history of western legal history, 1992; Roland de Vaux, Ancient Israel, 1965; Aristóteles, Constitution of Athens and related texts, 1950; Gordon Scott, Controlling the State, 1999; Raphael Sealey, The Athenian republic, 1987; George Willis Botsford, The development of the Athenian Constitution, 1965; André Bonnard, Greek civilization from the Antigone to Sócrates, 1959; George Sabine, História das teorias políticas, 1964; Hermes Lima, Introdução à ciência do Direito, 2000; Fábio Konder Comparato, Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno, 2006; Argemiro Cardoso Moreira Martins, O direito romano e seu ressurgimento no final da Idade Média, in Antonio Carlos Wolkmer (org.), Fundamentos de história do direito, 1996; R. C. van Caenegem, An histo- rical introduction to western constitutional law, 1995; Julius H. Wolff, Roman law: an historical introduction, 1951; Fritz Schulz, History of roman legal science, 1953; The Encyclopedia Americana, v. 14, 1998; Encyclopedia Britannica, v. V, 1975; The Columbia Encyclopedia, 1993; Jorge Miranda, Teoria do Estado e da Constituição, 2002; J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003.

Formam-se as primeiras civilizações. Egito[2], Babilônia[3], Pérsia[4]. Com os he- breus consagra-se o monoteísmo e a lei assume sua dimensão simbólica, ainda como ato divino, o pacto de Deus com o povo escolhido[5]. A força política da lei religiosa prosseguiria com o cristianismo[6], dando origem à tradição milenar batizada como judaico-cristã. Só por grave injustiça não consta da certidão que é também helênica: foram os gregos os inventores da idéia ocidental de razão, do conhecimento científico fundado em princípios e regras de valor universal. Por séculos depois, tornaram-se os romanos depositários desses valores racionalistas, aos quais agregaram a criação e desenvolvimento da ciência do Direito, tal como é ainda hoje compreendida. Em síntese sumária: a cultura ocidental, em geral, e a jurídica, em particular, têm sua matriz ético-religiosa na teologia judaico- -cristã e seu fundamento racional-legal na cultura greco-romana.

O termo constitucionalismo[7] é de uso relativamente recente no vocabulário político e jurídico do mundo ocidental. Data de pouco mais de duzentos anos,

2 Os primeiros escritos de que se tem notícia remontam ao Velho Reinado do Egito, de aproximadamente 2600 a.C. Nada obstante, não há qualquer registro da existência de um corpo de leis, que só chegaria com Dario, um conquistador estrangeiro. V. Roland de Vaux,

Ancient Israel, 1961, p. 142 e s.

3 Na Babilônia, ao contrário do Egito, inúmeras coleções de leis foram encontradas, anteriores ao próprio Código de Hamurábi, de 1700 a.C., que era, no entanto, o mais completo. Nele se previam penas de mutilação (o filho que agredisse o pai tinha a mão cortada; o escravo que agredisse o filho de um homem livre tinha a orelha cortada), retaliação (quem ferisse ou quebrasse o olho, o osso ou o dente de um homem livre teria o seu próprio ferido ou' quebrado) e multas (se um homem livre agredisse um plebeu ou um escravo sujeitava-se a penas pecuniárias).

4 A Pérsia, segundo os gregos, ou Irã, de acordo com seus próprios habitantes, constituiu um império poderoso no século VI a.C., sob a dinastia Achaemenid. Uma de suas maiores realizações, que permitiu dois séculos de estabilidade no poder, foi a implementação de uma lei secular - a Lei dos Reis - e o incentivo à codificação das leis locais e religiosas. Sob Ciro, o Grande, que governou de 543 a 530 a.C., o império conquistou a Babilônia e libertou os judeus, permitindo que voltassem à sua terra. Cambyses, filho de Ciro, invadiu o Egito (525 a.C.). Foi sucedido por Dario, que deu início às guerras persas contra os gregos, até ser derrotado em 490 a.C. O império persa sucumbiu ao exército da Macedônia, de Alexandre, o Grande, em 334 a.C.

5 Hebreus foram os ancestrais dos judeus e israelitas, designações cuja origem é diversa, mas que passaram a ser utilizadas indistintamente a partir da era cristã. Para os judeus, a Torah, a Lei Escrita, compreende os cinco primeiros livros do Velho Testamento, o Pentateuco, que contém as instruções de Deus para seu povo, as regras morais, sociais e religiosas que deveriam ser observadas. Há uma segunda fonte autorizada de Direito judaico: o Talmud, cujo livro principal denomina-se Mishna, que consiste em uma ampla compilação da Lei Oral, das tradições imemoriais transmitidas de geração para geração, desde séculos antes de Cristo.

6 Para um interessante estudo acerca da identificação entre Direito, tradição e religião nas sociedades pré-modernas, v. Dieter Grimm, Constituição e política, 2006, p. 3 e s.

7 Daniel P. Franklin e Michael J. Baun (editores), Political culture and constitutionalism: a comparative approach, 1995; Richard Bellamy (editor), Constitutionalism, democracy and

sendo associado aos processos revolucionários francês e americano. Nada obstante, as idéias centrais abrigadas em seu conteúdo remontam à Antigüidade Clássica, mais notadamente ao ambiente da Polis grega, por volta do século V a.C. As instituições políticas ali desenvolvidas e o luminoso pensamento filosófico de homens como Sócrates (470-399 a.C.), Platão (427-347 a.C.) e Aristóteles (384-322 a.C.) atravessaram os séculos e ainda são reverenciados dois milênios e meio depois.

Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of the law, Rechtsstaat). O nome sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição, mas a associação nem sempre é necessária ou verdadeira. Há pelo menos um

caso notório em que o ideal cons- titucionalista está presente independentemente de Constituição escrita - o do Reino Unido - e outros, muito mais numerosos, em que ele passa longe, apesar da vigência formal e solene de Cartas escritas. Exemplo inequívoco é o fornecido pelas múltiplas ditaduras latino-americanas dos últimos quarenta anos. Não basta, portanto, a existência de uma ordem jurídica qualquer. É preciso que ela seja dotada de determinados atributos e que tenha legitimidade, a adesão voluntária e espontânea de seus destinatários[8].

Em um Estado constitucional existem três ordens de limitação do poder. Em primeiro lugar, as limitações materiais: há valores básicos e direitos fundamentais que hão de ser sempre preservados, como a dignidade da pessoa humana, a justiça, a solidariedade e os direitos à liberdade de religião, de expressão, de associação. Em segundo lugar, há uma específica estrutura orgânica exigível: as funções de legislar, administrar e julgar devem ser atribuídas a órgãos distintos e independentes, mas que, ao mesmo tempo, se controlem reciprocamente (checks and balances)[9]. Por fim, há as limitações processuais: os

sovereignty: american and european perspectives, 1996; Ian Loveland (editor), Constitutional law, 2000; J. Roland Pennock e John W. Chapman (editores), Constitutionalism, 1979; Larry Alexander (editor), Constitutionalism. Philosophical foundations, 1998; Louis Henkin, Elements of constitutionalism, The Review, v. 60, Special Issue (The evolving African constitutionalism), 1998; Carlos Santiago Nino, The constitution of deliberative democracy, 1996.

8 Constitucionalismo e democracia são conceitos que se aproximam, freqüentemente se superpõem, mas que não se confundem. Eventualmente, pode haver até mesmo tensão entre eles. Constitucionalismo traduz, como visto, limitação do poder e Estado de direito. Democracia identifica, de modo simplista, soberania popular e governo da maioria. Pois bem: a Constituição se impõe, muitas vezes, como instrumento de preservação de determinados valores e de proteção das minorias, inclusive, e sobretudo, em face das maiorias e do seu poder de manipulação do processo político.

9 Já na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, previa-se: "Art. 16. Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição".

órgãos do poder devem agir não apenas com fundamento na lei, mas também observando o devido processo legal, que congrega regras tanto de caráter procedimental (contraditório, ampla defesa, inviolabilidade do domicílio, vedação de provas obtidas por meios ilícitos) como de natureza substantiva (racionalidade, razoabilidade-proporcionalidade, inteligibilidade). Na maior parte dos Estados ocidentais instituíram-se, ainda, mecanismos de controle de constitu- cionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

A seguir, breve narrativa do acidentado percurso que conduziu a civilização do império da força ao Estado de direito. É fundamental ressalvar que o ponto de observação é o da cultura ocidental e dos valores nela cultivados e desenvolvidos. Deve-se ter em conta, também, que nem todos os Estados percorreram os mesmos caminhos ou se encontram no mesmo estágio institucional. Aliás, bem ao contrário, em muitas partes do mundo - talvez na maior parte - o ideal constitucional e a luta pela liberdade ainda são uma aventura em curso.

2 Da Antigüidade Clássica ao início da Idade Moderna

Atenas é historicamente identificada como o primeiro grande precedente de limitação do poder político - governo de leis, e não de homens - e de participação dos cidadãos nos assuntos públicos. Embora tivesse sido uma potência territorial e militar de alguma expressão, seu legado perene é de natureza intelectual, como berço do ideal constitucionalista e democrático. Ali se conceberam e praticaram idéias e institutos que ainda hoje se conservam atuais, como a divisão das funções estatais por órgãos diversos, a separação entre o poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial e, sobretudo, a supremacia da lei, criada por um processo formal adequado e válida para todos[10].

O centro da vida política ateniense era a Assembleia, onde se reuniam e deliberavam os cidadãos[11]. O principal órgão de poder, todavia, era o Conselho, composto de quinhentos membros, dentre os quais eram escolhidos os que conduziriam o dia a dia da administração. Por fim, havia as Cortes, com seus

10 As primeiras leis escritas remontam a Draco (620-621 a.C.), mas o início do período democrático é associado às reformas de Sólon (594 a.C.) ou, para outros, às de Clístenes (508 a.C.) ou, ainda, às de Ephialtes. A época de ouro da cidade é conhecida como a "era de Péricles", em razão do grande líder político e orador (443 a 429 a.C.). O fim da democracia ateniense tem data inequívoca: a derrota militar para a Macedônia, em 338 a.C.

11 A Assembleia reunia-se próximo à Ágora, que era a praça pública. As discussões ali eram monopolizadas, aparentemente com consentimento geral, por um pequeno número de cidadãos proeminentes, denominados demagogos, termo que não tinha, na sua origem, a conotação negativa que parece ter rapidamente adquirido. V. Scott Gordon, Controlling the State, 1999, p. 68.

grandes júris populares, cujo papel político era mais amplo do que o dos órgãos judiciais modernos. Como tudo o mais na ciência, nas humanidades e na vida em geral, Atenas precisa ser estudada em perspectiva histórica[12]. Mas, a despeito de os séculos haverem criado uma aura romântica para esse período, é inegável o florescimento de uma sociedade singularmente avançada, cenário de notável efervescência política e cultural". Atenas foi uma pólis estável e segura, a ponto de tolerar e incentivar o surgimento de filósofos, historiadores e autores teatrais, que

mereceram o respeito dos seus contemporâneos e as homenagens da posteridade, que ainda hoje os lê e encena[14].

O ideal constitucionalista de limitação do poder foi compartilhado por Roma, onde a República se implantou em 529 a.C., ao fim da monarquia etrus- ca, com a Lei das Doze Tábuas[15]. O poder militar e político romano estendeu-se por quase todo o Mediterrâneo, mas sua estrutura jurídica e instituições políticas seguiram sendo as de uma cidade-Estado, com as decisões concentradas em um número limitado de órgãos e pessoas. Tais instituições incluíam a Assembléia (que, a rigor, eram diversas, e encarnavam o poder de elaborar leis), os Cônsules (que eram os principais agentes executivos) e outros altos funcionários (pretores, questores, tribunos da plebe), além do Senado, cujo caráter

12 A denominada democracia ateniense mais se aproxima de uma república aristocrática. Pelos padrões atuais, tratava-se de uma organização política excludente: um terço da população era escrava, os estrangeiros, mesmo que livres, bem como as mulheres, não tinham o direito de participação. De uma população estimada em 300 mil pessoas, cerca de 40 mil tinham status de cidadão, como tal compreendidos os maiores de 20 anos nascidos de pais atenienses. Esses números parecem remeter antes ao folclore do que à realidade histórica a crença de que as políticas públicas e as decisões administrativas e de caráter militar fossem tomadas em praça pública ou qualquer outro fórum aberto a todos.

13 Scott Gordon, Controlling the State, 1999, p. 62: "Quando acrescentamos a estes elementos políticos as características mais gerais da mentalidade moderna que se encontravam nos filósofos e historiadores gregos dos séculos V e IV A.C. - secularismo, racionalismo e empirismo - fica evidente que os fundamentos da civilização ocidental são inadequadamente referidos como 'judaico-cristãos', sem se fazer menção ao 'helenismo'".

14 Além dos grandes filósofos, inúmeros outros nomes tornaram-se familiares ao pensamento ocidental: historiadores como Heródoto e Thucídides e autores teatrais como Ésquilo, Sófocles e Eurípedes.

15 Somente alguns fragmentos dessa Lei ficaram conhecidos. Em um deles lê-se: "salus populisuprema lexesto" (o bem-estar do povo é o bem supremo). A história da civilização romana compreende um período aproximado de doze séculos e é normalmente dividida pelos historiadores em três fases: (i) a realeza, que vai da fundação de Roma, em 753 a.C., até a deposição do rei etrusco Tarquínio; (ii) a república, que começa em 529 a.C., com a eleição dos dois cônsules; e (iii) o império, iniciado com a sagração de Otávio Augusto como imperador, em 27 a.C., até 476 da nossa era.

formal de mero órgão consultivo encobria seu papel de fonte material e efetiva de poder. A participação dos cidadãos era reduzida[16].

A despeito de seu caráter aristocrático, o poder na República

era repartido por instituições que se controlavam e temiam reciprocamente[17]. Nada obstante, um conjunto de causas conduziram ao ocaso do modelo republicano, dentre as quais o sistema de privilégios da aristocracia patrícia e a insatisfação das tropas, do povo e das outras aristocracias excluídas dos cargos consulares e do Senado. Do ponto de vista institucional, o fim veio pela via previsível, que destruiu inúmeros outros sistemas pluralistas ao longo da história: os comandantes militares tornaram-se excessivamente poderosos e escaparam ao controle efetivo dos órgãos políticos. Quando a República ruiu e deu-se a coroação do imperador, não foi o fim de Roma, cujo domínio duraria ainda mais meio milênio. O que terminou, na véspera do início da era cristã, foram a experiência e o ideal constitucionalistas, que vinham dos gregos e haviam sido retomados pelos romanos. A partir dali, o constitucionalismo desapareceria do mundo ocidental por bem mais de mil anos, até o final da Idade Média.

Nos séculos imediatamente posteriores à queda do Império Romano, em 476, a Antigüidade Clássica defrontou-se com três sucessores: o Império Bizantino, continuação reduzida do Império Romano, com imperador e direito romanos; as tribos germânicas invasoras, que se impuseram sobre a cristanda- de latina; e o mundo árabe do Islã, que se expandia a partir da Ásia, via África do Norte[18]. Pelo milênio seguinte à derrota de Roma, os povos da Europa integraram uma grande multiplicidade de principados locais autônomos. Os únicos poderes que invocavam autoridade mais ampla eram a Igreja Católica e, a partir do século X, o Sagrado Império Romano-germânico[19]. A atomização do

16 A estimativa é de que houvesse cerca de 400 mil cidadãos, dos quais provavelmente nem 10 % jamais participaram de uma reunião de assembleia. Além do desinteresse, resultante do pouco peso de tal participação, à vista da estrutura vigorante, a população era dispersa por vasta região geográfica. Roma não conheceu a representação política.

17 Dois autores contemporâneos da República romana - Polibius e Cícero -, ambos próximos da aristocracia do poder, escreveram textos historicamente importantes acerca do período. Em seu clássico Da República, Cícero, endossando Polibius, sustentou que a República romana era um sistema misto, no qual estavam presentes elementos das três formas puras de governo reconhecidas então, por influência dos escritos de Aristóteles: os cônsules eram o elemento monárquico, o Senado, o aristocrático, e as assembleias, o democrático (Livro I).

18 V. R. C. van Caenegem, An historical introduction to western constitutional law, 1995, p. 34.

19 O Sagrado Império Romano-Germânico constituiu um esboço de concentração de poder político, embora ainda sem os atributos e a intensidade que viriam a identificar os Estados nacionais. A tentativa de reviver a tradição do Império Romano vinha expressa na própria denominação. O Sacro Império desenvolveu-se a partir da linha franca do

chamado Império do Ocidente, de Carlos Magno, após a dissolução deste em 843. Embora abarcasse vastas regiões, incluindo pedaços das atuais França e Itália, o Império era conduzido pelos principados

mando político marcou o período feudal, no qual as relações de poder se estabeleciam entre o dono da terra e seus vassalos, restando autoridade mínima para o rei, duques e condes. Já pela alta Idade Média e por conta de fatores diversos - que incluem a reação à anarquia da pluralidade de poderes e a revitalização do comércio -, começa a esboçar-se o processo de concentração do poder que levaria à formação dos Estados nacionais como organização política superadora dos modelos muito amplos e difusos (papado, império) e dos muito reduzidos e paroquiais (tribos, feudos).

O Estado moderno surge no início do século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo[20]. Nasce absolutista, por circunstância e necessidade, com seus monarcas ungidos por direito divino. O poder secular liberta-se progressivamente do poder religioso, mas sem lhe desprezar o potencial de legitimação. Soberania é o conceito da hora, concebida como absoluta e indivisível, atributo essencial do poder político estatal. Dela derivam as idéias de supremacia interna e independência externa, essenciais à afirmação do Estado nacional sobre os senhores feudais, no plano doméstico, e sobre a Igreja e o Império (romano-germânico)[21], no plano internacional. Com Jean Bodin[22] e Hobbes[23], a soberania tem seu centro de gravidade no monarca. Com Locke[24]

germânicos, que instalaram na região uma monarquia eletiva em que os duques da Saxônia, Francônia, Suábia e Baviera elegiam um entre si para ocupar o trono. Oto I foi eleito em 936 e, devido às suas conquistas militares, passou a desfrutar de grande prestígio e influência, tanto em relação aos nobres quanto em relação à Igreja Católica, tendo sido sagrado Imperador pelo Papa João XII no ano de 962.

20 Com a acepção moderna, o termo "Estado" foi empregado pela primeira vez por Maquia- vel, em 0 príncipe, escrito em 1513, que se inicia com as seguintes palavras: "Todos os Estados, todos os governos que tiveram e têm autoridade sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados" (O príncipe, 1976, p. 5). Sobre o tema, v. Dalmo Dallari, Elementos de teoria geral do Estado, 1989, p. 43 e 190.

21 O Império Romano do Oriente já nem existia a essa altura, tendo sucumbido em 1453, com a queda de Constantinopla para os turcos.

22 Jean Bodin (1530-1596) foi o autor da primeira obra teórica a desenvolver o conceito de soberania: Les six livres de la Republique, publicado em 1576, no qual a qualificou como "absoluta, indivisível e permanente".

23 Thomas Hobbes (1588-1679) foi um dos teóricos do absolutismo inglês e precursor da teoria contratual de origem do Estado. Seu livro Leviathan, publicado em 1651, tem o mesmo argumento básico

desenvolvido por Bodin quanto à defesa da soberania absoluta.

24 John Locke (1632-1704) foi um dos precursores do pensamento liberal. Suas idéias repercutiram não apenas na Inglaterra, mas também na França e nos Estados Unidos, tendo sido um dos esteios intelectuais do processo revolucionário em ambos os países. Suas obras principais foram Dois tratados sobre o governo civil, 1689-1690, e Ensaio sobre o entendimento humano, 1690.

e a Revolução Inglesa, ela se transfere para o Parlamento. Com Rousseau[25] e as Revoluções Francesa e Americana, o poder soberano passa nominalmente para o povo, uma abstração aristocrático-burguesa que, com o tempo, iria democratizar-se.

II O CONSTITUCIONALISMO MODERNO E CONTEMPORÂNEO

1 Experiências precursoras do constitucionalismo liberal e seu estágio atual

1.1 Reino Unido"

Em meados do século X, os diversos reinos anglo-saxões dispersos pelas ilhas britânicas já estavam unificados sob o reino da Inglaterra. Com a invasão normanda, em 1066, foram introduzidas as instituições feudais, cujo desenvolvimento consolidou a força política dos barões, que impuseram ao rei João Sem Terra, em 1215, a Magna Charta[27]. Pouco à frente, ainda no século XIII, começou a ganhar forma o Parlamento, convocado e controlado pelo rei, integrado

25 Jean Jacques Rousseau (1712-1778), nascido em Genebra, foi um dos mais célebres pensadores do século XVIII, autor do Discurso sobre a desigualdade (1753) e do Contrato social (1762), sua obra mais famosa. Algumas das premissas teóricas que estabeleceu, apesar de polêmicas, tiveram curso universal: os homens nascem bons e a sociedade os perverte, a idéia da existência de uma vontade geral e a defesa da soberania popular, fundamento da democracia direta, com a conseqüente condenação da democracia representativa. Morreu pouco antes da Revolução Francesa, para cuja eclosão seu pensamento teve influência destacada.

26 Gordon Scott, Controlling the State, 1999; R. C. van Caenegem, An historical introduction to western constitutional law, 1995; William Stubbs, The constitutional history ofEngland, 1979; Charles Howard McIlwain, Constitutionalism, ancient and modem, 1947; Daniel Coquillette, The anglo- american heritage, 1999; Rudolph Gneist, The history of the English Constitution, 1980; Eric Barendt, An introduction to constitutional law, 1998; J. C. Holt, Magna Carta, 1992; Henry Hallam, The constitutional history of England, 1978; J. C. Smith e David N. Weisstub, The western idea of law, 1983; J. M. Kelly, A short history of western legal history, 1992; George Sabine, História das teorias políticas, 1964; Marcelo Caetano, Direito constitucional, v. 1, 1977; Luis Sanches Agesta, Curso de derecho constitucional comparado, 1988; Maurice Duverger, Os grandes sistemas políticos, 1985; Eric Barendt, An introduction to constitutional law, 1998;

Marcelo Cerqueira, A Constituição na história, 2006.

27 Um dos marcos simbólicos da história constitucional, a Magna Charta foi, originaria- mente, um documento que resguardava os direitos feudais dos barões, relativamente à propriedade, à tributação e às liberdades, inclusive religiosa. A amplitude de seus termos, todavia, permitiu que, ao longo do tempo, assumisse o caráter de uma carta geral de liberdades públicas.

por aristocratas e clérigos, bem como por representantes da baixa aristocracia e da burguesia urbana[28]. Ao final do século XVI, a Inglaterra já havia se firmado como uma monarquia estável, um Estado protestante[29] e uma potência naval. Ali seriam lançadas, ao longo do século XVII, as bases do constitucionalismo moderno, em meio à turbulência institucional resultante da disputa de poder entre a monarquia absolutista e a aristocracia parlamentar.

Os conflitos entre o rei e o Parlamento começaram com James I, em 1603, e exacerbaram-se após a subida de Charles I ao trono, em 1625. O absolutismo inglês era frágil, comparado ao dos países do continente (França, Espanha, Portugal), não contando com exército permanente, burocracia organizada e sustentação financeira própria. Em 1628, o Parlamento submeteu ao rei a Petition of Rights[30], com substanciais limitações ao seu poder. Tem início um longo período de tensão política e religiosa (entre anglicanos e católicos, puritanos moderados e radicais), que vai desaguar na guerra civil (1642-1648), na execução de Charles 1 (1649) e na implantação da República (1649-1658), sob o comando de Cromwell. A República não sobreviveu à morte de seu fundador, dando-se a restauração monárquica com Charles II, em Í660. Seu filho e sucessor, James II, pretendeu retomar práticas absolutistas e reverter a Inglaterra à Igreja Católica, tendo sido derrubado em 1688, na denominada Revolução Gloriosa. Guilherme (William) de Orange, invasor vindo da Holanda, casado com Mary, irmã do rei deposto, torna-se o novo monarca, já sob um regime de supremacia do Parlamento, com seus poderes limitados pela Billof Rights (1689)[31].

Fruto de longo amadurecimento histórico, o modelo institucional inglês estabeleceu-se sobre raízes tão profundas que pôde prescindir até mesmo de

28 Scott Gordon, Controlling the State, 1999, p. 232: "O Grande Conselho, convocado por Edward I em 1295, ficou consagrado na história como o primeiro parlamento inglês. (...) Desde aquele tempo, o parlamento tem sido composto por dois grupos: os que o integram em virtude de seu status aristocrático e os que o fazem na qualidade de representantes de outras classes".

29 Em 1534, Henrique VIII rompeu com a Igreja Católica, após a rejeição pelo Papa Clemente VII do pedido de anulação de seu casamento com Catarina de Aragão. O rei desafiou a decisão, casou-se

com Anne Boleyn e foi excomungado. Henrique VIII cria, então, a Igreja Anglicana e torna-se seu chefe, promovendo a união entre Igreja e Estado.

30 A Petição de Direitos protestava contra o lançamento de tributos sem aprovação do Parlamento, as prisões arbitrárias, o uso da lei marcial em tempos de paz e a ocupação de casas particulares por soldados.

31 A Declaração de Direitos previa a convocação regular do Parlamento, de cujo consentimento dependiam medidas como a criação de leis, a instituição de tributos e a manutenção de exército permanente em tempos de paz. Assegurava, ademais, imunidade aos parlamentares por suas manifestações no Parlamento e impedia a aplicação de penas sem prévio julgamento. Em 1701, o Parlamento votou o Act of Settlement, estabelecendo que somente um príncipe de religião anglicana poderia ascender ao trono e impondo novas limitações ao poder real em relação ao Parlamento e às cortes de justiça.

uma Constituição escrita, sem embargo da existência de documentos relevantes de natureza constitucional[32]. Embora a Revolução Inglesa não tenha tido o tom épico e a ambição de propósitos da Revolução Francesa, o modelo inglês projetou sua influência sobre diferentes partes do mundo, diretamente ou indiretamente (através dos Estados Unidos).

Na quadra atual, início do século XXI, a estrutura de poder no Reino Unido[33] funda-se em três grandes instituições: o Parlamento[34], a Coroa[35] e o Governo[36]. A supremacia do Parlamento é o princípio constitucional maior, e não a supremacia da Constituição, como ocorre nos países que admitem o controle de constitucio- nalidade dos atos legislativos. Na típica equação de poder dos sistemas parlamentares, o Parlamento tem competência para indicar e destituir o Primeiro-Ministro, que, por sua vez, pode dissolver o Parlamento e convocar eleições. Além disso, o Poder Judiciário, cujo órgão de cúpula é formalmente inserido na Câmara dos Lordes (Lords of Appeal in Ordinary ou Law Lords), é dotado de independência e garantias. A organização judicial, todavia, sofreu profundas transformações, vigentes a partir de 2008, que serão objeto de referência logo adiante.

A Constituição inglesa, portanto, é produto de longo desenvolvimento histórico, tendo lastro nas (i) convenções e nas (ii) leis constitucionais[37]. As

32 Dentre eles destacam-se alguns já mencionados: a Magna Charta (1215), a Petition of Rights (1628), a Bill of Rights (1689) e o Act of Settlement (1701). Em 1988 foi aprovado o Human Rights Act.

33 O Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte é constituído pela Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte. A Irlanda do Sul tornou-se independente em 1937.

34 O Parlamento é composto pela Câmara dos Lordes, cujos poderes foram sendo progressiva e substancialmente reduzidos desde

1822 e, especialmente, após o Parliament Act, de 1911; e a Câmara dos Comuns, principal casa legislativa e política. Os principais partidos políticos são o Trabalhista e o Conservador.

35 A Coroa, embora integre formalmente o Governo, desempenha na atualidade funções predominantemente cerimoniais e simbólicas. A própria nomeação do Primeiro-Ministro e do Governo por ele constituído, que nominalmente cabe ao Monarca, constitui mera chancela ao líder do partido majoritário na Câmara dos Comuns.

36 O Governo, composto pelo Primeiro-Ministro e seu Gabinete, desempenha as funções políticas e administrativas. No comentário agudo de Marcelo Caetano: "Na Constituição inglesa, a supremacia no exercício do poder pertence ao Parlamento; no Parlamento, a autoridade efetiva é a da Câmara dos Comuns; na Câmara dos Comuns manda o partido da maioria; e o partido da maioria obedece ao Primeiro-Ministro, chefe do governo e do gabinete" (Direito constitucional, 1977, v. 1, p. 84).

37 As anotações deste parágrafo e dos que lhe seguem dentro deste tópico beneficiaram-se da pesquisa e do trabalho desenvolvido por André Rodrigues Cyrino, em paper apresentado no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da UERJ, intitulado Revolução na Inglaterra? Direitos humanos, corte constitucional e declaração de incompatibilidade das leis. Novel espécie de "judicial review"?, mimeografado, 2006. Sobre os aspectos do direito inglês e as inovações dos últimos anos, v. Ivor Jennings, Governo de gabinete, 1979; Ian Loveland, Constitutio-

convenções são práticas consolidadas ao longo dos séculos no exercício do poder político, incluindo sua organização e a repartição de competências. Os papéis desempenhados pelo Primeiro-Ministro, pelo Gabinete e pelo Monarca, por exemplo, são fruto de convenções[38]. Já as leis constitucionais são atos do Parlamento e têm natureza constitucional não em razão da forma de votação, mas do seu conteúdo, por lidarem com matérias afetas ao poder político e aos direitos fundamentais. Já se fez menção às mais conhecidas delas - a Magna Charta, a Petição de Direitos e a Declaração de Direitos. Nas últimas duas décadas intensificou-se a produção legislativa do Parlamento, em um progressivo processo de transformação do direito constitucional inglês em direito legislado[39].

Precisamente por não se materializar em um texto escrito, a Constituição inglesa tem natureza flexível, podendo ser modificada por ato do Parlamento. Tal flexibilidade decorre, como já registrado, do princípio da supremacia parlamentar, conceito-base da denominada democracia de Westminster[40]. A doutrina da supremacia, desenvolvida analiticamente em obra de A. V. Dicey, no final do século XIX, apresenta uma dimensão positiva - o Parlamento pode criar e revogar qualquer lei - e outra negativa - nenhuma lei votada pelo Parlamento pode ser afastada ou invalidada por outro órgão. Vale dizer: não há uma lei superior à vontade do Parlamento e,

consequentemente, não existe controle de constitucionalidade[41].

nal law. a criticai introduction, 1996; Jorge Miranda, Teoria do Estado e da Constituição, 2002; Peter Fitzgerald, Constitutional crisis over the proposed supreme courtfor the United Kingdom, 2004, p. 233, disponível no sítio: www.law.stetson.edu/fitz/fitzstuff/UK%20Supreme%20Court.pdf, acesso em: 13.8.2006; Lord Woolf, The rule of law and a change in the Constitution, Cambridge, Squire Centenary Lecture, 2004, p. 5, disponível no sítio: www.law.cam.ac.uk/docs/view. php?doc=1415, acesso em: 22.2.2006.

38 Outros exemplos de convenções: o cargo de Primeiro-Ministro, que existe desde o século XVIII, só veio a ser objeto de referência legal em 1937; o não exercício do poder de veto pelo Monarca: desde 1707, nenhum rei exerceu tal competência, que caiu em desuso. A convenção, portanto, é o não uso do veto.

39 V. o sítio do Departament of Constitutional Affairs: www.dca.gov.uk. Até 10.8.2006, haviam sido aprovadas 18 leis de reforma do direito constitucional inglês: Compensation Act 2006, Elec- toral Administration Act 2006, Criminal Defence Service Act 2006, Inquiries Act 2005, Constitutional Reform Act 2005, Mental Capacity Act 2005, Gender Recognition Act 2004, European Parliamentary and Local Elections (Pilots) Act 2004, Courts Act 2003, European Parliament (Representation) Act 2003, Elections Acts, Commonhold - Commencement of Part 1 of the Commonhold and Leasehold Reform Act 2002, The Commonhold and Leasehold Reform Act 2002, Land Registration Act 2002, Freedom of Information 2000, Access to Justice Act 1999, Data Protection Act 1998, Human Rights Act 1998.

40 A expressão designa o modelo de democracia parlamentar inglesa, em razão de a sede do Parlamento ser o Palácio de Westminster, em Londres.

41 A. V. Dicey, An introduction to the study of the law of the Constitution, 8. ed., 1914, integralmente disponível na internet, no sítio: www.constitution.org/cmt/avd/law_con.htm, acesso em: 10.8.2006. Assim doutrinou o constitucionalista inglês, professor da Universidade de Oxford: "The principie, therefore, of parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely that

É bem de ver, no entanto, que na virada do século XX para o XXI, duas mudanças substantivas e de largo alcance prenunciaram uma possível revolução no direito inglês. Trata-se da aprovação, pelo Parlamento, de duas leis constitucionais: (i) o Human Rights Act, de 1998, que incorporou ao direito inglês Os direitos previstos na Convenção Européia de Direitos Humanos; e (ii) o Constitutional Reform Act, de 2005, que reorganizou o Poder Judiciário inglês, dando-lhe autonomia em relação ao Parlamento e criando uma Corte Constitucional.

A aprovação do Human Rights Act, de 1998, é conseqüência direta da participação do Reino Unido na União Européia e reflexo da importância assumida pelo direito comunitário e suas instituições. É justo

reconhecer, no entanto, que a nova lei foi, em ampla medida, a codificação de princípios já observados no common law. A grande inovação do HRA foi permitir a declaração de incompatibilidade, no caso concreto, entre uma lei e os direitos fundamentais previstos no novo Estatuto. Tal declaração, é certo, não acarreta a nulidade da lei nem vincula as partes do processo; mas produz o efeito político de revelar ao Parlamento que seu ato é contrário aos direitos humanos. Caberá ao Parlamento, assim, a decisão de modificá-lo ou não. Há precedente em que, após a declaração de incompatibilidade, o Parlamento reviu a legislação questionada[42].

O Constitutional Reform Act, de 2005, também foi editado por injunções da comunidade europeia, que recomendou formalmente a implementação de mudanças no Poder Judiciário inglês[43]. Embora o sistema britânico fosse tido como imparcial e justo, inexistia separação orgânica em relação ao Parlamento. A nova lei produziu duas transformações formais radicais: (i) criou uma Corte Constitucional fora do Parlamento e independente em relação a ele; e (ii) esvaziou as funções judiciais da Câmara dos Lordes e do Lorde Chanceler. Como já assinalado, os Lordes Judiciais (Judicial Lords ou Law Lords) desempenhavam, tradicionalmente, a função jurisdicional máxima. A nova Corte Constitucional será instalada em outubro de 2008 e os 12 (doze) Law Lords serão os primeiros membros do tribunal.

'Parliament' has 'the right to make or unmake any law whatever; and further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament'".

42 V. A. v. Secretary of State for the Home Department, julgado em 16.12.2004, disponível no sítio: www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-l .htm, acesso em: 22.2.2007. O Appellate Commitee da Câmara dos Lordes declarou incompatível com o HRA o tratamento dado pelo Anti-terrorism, Crime and Security Act, de 2001, à prisão cautelar de estrangeiros suspeitos da prática de terrorismo. O caso envolvia nove muçulmanos presos em prisão de alta segurança (Belmarsh) por prazo indeterminado. Menos de um ano depois da decisão, por iniciativa do Parlamento, foi aprovada uma nova lei (Prevention of Terrorism Act, de 11.3.2005). É certo que também esta nova lei veio a ser objeto de declaração de incompatibilidade, conforme noticia André Rodrigues Cyrino (ob. cit.), e pode-se confirmar nos sítios: http://news.bbc.co.Uk/l/hi/uk/5125668.stm e http://en.wikipedia.org/wiki/Preven- tion_of_Terrorism_Act_2005, acesso em: 2.10.2006.

43 V. Resolução n. 1.342, de 2003, da Assembleia Parlamentar do Conselho Europeu, acessível no sítio: http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta03/ERES1342.htm.

1.2 Estados Unidos da América[44]

A partir do século XVII, a costa leste da América do Norte

começou a ser povoada por colonos ingleses, que migraram para o novo continente por motivos variados[45]. Até meados do século XVIII, quando tiveram início os conflitos, as colônias eram leais à Coroa britânica e gozavam de razoável autonomia. Ao lado disso, beneficiavam-se da tradição inglesa do poder contido e institucionalizado[46]: o governador era designado por Londres, mas havia um corpo legislativo eleito pelos cidadãos locais (que preenchessem os requisitos de propriedade), bem como um Judiciário independente. Todavia, imposições tributárias e restrições às atividades econômicas e ao comércio romperam a harmonia com a metrópole. As relações tornaram-se tensas ao longo da década de 1760, agravando-se drasticamente após episódios como o Stamp Act[47], de 1765, o Massacre de Boston, em 1770[48], e o Boston Tea Party, em 1773[49].

44 Gordon Wood, The creation of the American republic, 1972; Bruce Ackerman, We the people: foun- dations, 1995; Gordon Scott, Controlling the State, 1999; R. C. van Caenegem, An historical introduction to western constitutional law, 1995; John A. Garraty e Peter Gay (editores), The Columbia history of the world, 1988; Lockard e Murphy, Basic cases in constitutional law, 1992; Nowak e Rotunda, Constitutional law, 2000; Laurence Tribe, American constitutional law, 2000; Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet, Constitutional law, 1996; Gerald Gunther, Constitutional law, 1989; Erwin Chemerinsky, . Constitutional law: principies and policies, 1997; Kerrnit L. Hall, The Oxfordguide to United States Supreme

Court decisions, 1999; Edward Conrad Smith (editor), The Constitution of the United States with case summaries; Paul C. Bartholomew e Joseph Menez, Summaries on leading cases on the Constitution, 1983; Marcelo Caetano, Direito constitucional, 1977, v. 1; Luis Sanches Agesta, Curso de derecho constitucional comparado, 1988; Maurice Duverger, Os grandes sistemas políticos, 1985.

45 Aprimeira colônia foi Virgínia, fundada em 1606, por uma companhia de comércio internacional. Massachusets foi colonizada pelos puritanos, que vieram no navio Mayflower e desejavam criar uma comunidade regida por seus valores religiosos. Para Maryland foram os católicos, então perseguidos na Inglaterra, e na Pennsylvania estabeleceram-se os quakers. Na Geórgia instalaram-se súditos ingleses endividados, que vieram recomeçar a vida no novo mundo.

46 Diferentemente do que ocorria com as colônias dos demais países europeus, que exportavam suas próprias vicissitudes: absolutismo, centralismo burocrático e intolerância religiosa.

47 Após a vitória sobre a França, na Guerra dos Sete Anos, concluída em 1763, a Coroa britânica instituiu um imposto do selo, incidente sobre jornais, documentos e diversos outros itens, sob o fundamento de que as colônias deveriam contribuir para sua própria defesa. Houve forte reação e desobediência, fundadas em que as colônias não haviam sido ouvidas nem participavam do Parlamento, surgindo um dos

slogans da revolução que estava por vir: "No taxation without representantion ".

48 Revogado o Stamp Act, foram em seguida aprovados pelo Parlamento os denominados Townshend Acts, impondo tarifas sobre as importações das colônias. Houve reação violenta em Boston, onde, em 1770, um destacamento militar inglês disparou contra a multidão, matando cinco pessoas e acirrando a determinação anticolonialista.

49 O Tea Act, de 1773, permitiu que a Companhia das índias Ocidentais distribuísse seus estoques de chá no mercado americano, causando grande prejuízo aos comerciantes locais. Em retaliação, parte desse chá barato foi atirada ao mar, na baía de Boston. Os ingleses enviaram tropas para restaurar a ordem. A evolução dos eventos levou ao primeiro confronto entre tropas inglesas e americanos insurgentes, em Lexington, 1775.

As sanções inglesas contra Massachusets e a transferência para o Canadá das terras ao norte do rio Ohio - medidas que ficaram conhecidas como atos intoleráveis -motivaram a convocação do Primeiro Congresso Continental, em 1774, que marcou o início da reação organizada das colônias à Coroa britânica. No ano seguinte, já em estado de guerra, reuniu-se o Segundo Congresso Continental, que funcionou de 1775 a 1788 e foi palco das principais decisões que selariam o futuro da revolução americana. Ali deliberou-se a constituição de um exército organizado, cujo comando foi entregue a George Washington; as ex-colônias foram estimuladas a adotar constituições escritas; e designou-se uma comissão para elaborar a Declaração de Independência, cujo principal redator foi Thomas Jefferson. Assinada em 4 de julho de 1776 pelos membros do Congresso, esse documento é considerado um marco na história das idéias políticas, passando a simbolizar a independência das treze colônias americanas, ainda como Estados distintos[50].

A guerra revolucionária prolongou-se até 1781. Nesse mesmo ano foram finalmente ratificados os Articles of Confederation, que haviam sido aprovados em 1778, fazendo surgir uma confederação entre as treze colônias. Essa união mostrou-se frágil e incapaz de enfrentar os desafios da consolidação das novas nações independentes e de impedir a competição predatória entre elas. Não se previu a criação de um Executivo central nem de um Judiciário federal. Além disso, o Congresso não tinha poderes para instituir tributos nem regular o comércio entre os Estados. A insatisfatoriedade da fórmula adotada era patente e justamente para revê-la foi convocada uma convenção, que se reuniu na Filadélfia a partir de 14 de maio de 1787.

Os delegados de doze dos Estados (Rhode Island não enviou representantes) iniciaram os trabalhos e logo abandonaram o projeto de revisão dos Artigos da Confederação, convertendo-se em Convenção Constitucional[51]. Dentre seus

50 A Declaração foi inspirada por idéias de John Locke, especialmente pelo Second treatise on civil government. O texto, de forte teor retórico, procura enunciar as causas que levaram à decisão extrema. Logo, ao início, sua profissão de fé jusnaturalista: "Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade". E, ao final, o rompimento com a monarquia inglesa: "Nós, por conseguinte, representantes dos Estados Unidos da América, reunidos em Congresso Geral, apelando para o Juiz Supremo do mundo pela retidão de nossas intenções, em nome e por autoridade do bom povo destas colônias, publicamos e declaramos solenemente: que estas colônias unidas são e de direito têm de ser Estados livres e independentes; que estão desoneradas de qualquer vassalagem para com a Coroa Britânica, e que todo vínculo político entre elas e a Grã-Bretanha está e deve ficar totalmente dissolvido".

51 Do ponto de vista formal, a Convenção de Filadélfia incidiu em um conjunto notável de ilegalidades: afastou-se do objetivo que justificou a sua convocação; previu, para a ratificação da Constituição que elaboraram, processo de ratificação diverso do que era estabelecido nos Artigos; modificou até mesmo o próprio órgão ao qual caberia a ratificação, substituindo as

membros, algumas lideranças destacadas, como George Washington, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton e James Madison, um dos mais influentes autores do documento, que viria a tornar-se o quarto Presidente dos Estados Unidos (1809-1817). Em 17 de setembro de 1787 o texto foi aprovado pela Convenção e estava pronto para ser submetido à ratificação dos Estados. A primeira Constituição escrita do mundo moderno passou a ser o marco simbólico da conclusão da Revolução Americana em seu tríplice conteúdo: a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação de Poderes, na igualdade[52] e na supremacia da lei (rule of the law). Para acomodar a necessidade de criação de um governo central com o desejo de autonomia dos Estados - que conservaram os seus próprios Poderes e amplas competências - concebeu-se uma nova forma de organização do Estado, a Federação, que permitiu a convivência dos dois níveis de poder, federal e estadual.

A batalha política pela ratificação foi árdua, especialmente nos Estados mais decisivos. Em Massachusets, por exemplo, foi necessária uma pragmática composição política[5'. Em N. York, o debate acirrado deu ensejo à publicação pela imprensa de um conjunto de artigos que se tomariam

célebres: os Federalist Papers[54]. Em junho de 1788, dez Estados haviam ratificado a Constituição, um a mais do que exigido pelo art. VII[55]. Em sua versão original, a Constituição não possuía uma declaração de direitos, que só foi introduzida em 1791, com

assembleias legislativas estaduais por convenções constitucionais especiais; deixou de exigir a unanimidade dos Estados para aprovação das modificações introduzidas, estabelecendo que bastariam nove votos favoráveis. Sobre o tema, v. Bruce Ackerman, We the people: Foundations, 1995, p. 41.

52 Esta afirmação, naturalmente, precisa ser confrontada com o fato de que a Constituição mantinha o regime de escravidão, que só veio a ser abolido setenta e seis anos depois, após sangrenta guerra civil, com a aprovação da 13ª Emenda.

53 Nesse Estado, onde o governador e a maioria dos delegados eram antifederalistas (designação dada à corrente contrária à ratificação da Constituição), os federalistas celebraram um acordo para virar o resultado: não se oporiam à reeleição do governador e iriam propor o seu nome para a vice-presidência. Por força desse expediente, pelo qual se barganhou o apoio do chefe do Executivo, Massachusets ratificou a Constituição por estreita margem.

54 Esses textos foram escritos e publicados ao longo de sete meses, a partir de outubro de 1787, com o propósito de demonstrar a importância da Constituição e a necessidade de sua ratificação. Seus autores foram John Jay, James Madison e Alexander Hamilton. Em 1788, esses ensaios foram reunidos em um volume único - denominado The Federalist Papers ou, também, 0 Federalista -, tendo se tornado, desde então, um clássico da literatura política. A influência que esses artigos doutrinários exerceram sobre o processo de ratificação em si foi limitada, mas a obra logo tornou-se uma referência maior, por sua exposição sistemática acerca da Constituição e suas instituições, sendo considerada o "maior trabalho de ciência política jamais escrito nos Estados Unidos". Clinton Rossiter (editor), The Federalist Papers, 1961. V. tb. Roy P. Fairfield (editor), The Federalist Papers, 1981.

55 Artigo VII: "A ratificação, por parte das convenções de nove Estados, será suficiente para a adoção desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado".

as primeiras dez emendas, conhecidas como Bill of Rights. Nelas se consagravam direitos que já constavam das constituições de diversos Estados e que incluíam as liberdades de expressão, religião, reunião e os direitos ao devido processo legal e a um julgamento justo. Consolidada a independência e a unidade sob a Constituição, os Estados Unidos expandiram amplamente o seu território ao longo do século XIX, pela compra de áreas de outros países, em guerras de conquista ou mediante ocupação de terras indígenas. Entre 1861 e 1865, desencadeou-se a Guerra Civil, um sangrento embate entre os Estados do norte e do sul em

torno da questão escravagista, que deixou mais de 600 mil mortos[56].

Mais de duzentos anos após sua entrada em vigor, a Constituição americana ainda conserva sete artigos apenas[57], tendo sofrido o número reduzido de vinte e sete emendas ao longo desse período[58]. Nela institucionalizou-se, de forma pioneira e duradoura, um modelo de separação nítida entre Executivo, Legislativo e Judiciário, em um Estado republicano e sob o sistema presidencialista. É certo que o sistema jurídico americano, fundado na tradição do common law, dá aos tribunais um amplo poder de criação e adaptação do Direito e que, por isso mesmo, a Constituição tem hoje um sentido e um alcance que se distanciam de sua concepção original. Em diversas matérias é possível afirmar que o direito constitucional mudou substancialmente, sem que para

56 Em 1860, Abraham Lincoln, um abolicionista, foi eleito presidente dos Estados Unidos. Os Estados do sul, cuja economia agrícola era amplamente dependente da mão de obra escrava, decidiram separar-se da União, dando início à guerra da secessão. A Guerra Civil terminou com a vitória dos Estados do norte. A escravidão foi abolida com a Emenda 13, mas o ressentimento dos Estados do sul prolongou-se ainda por mais de um século. A questão racial nos Estados Unidos, já iniciado o século XXI, ainda é tema fundamental na agenda política.

57 Alguns dos artigos, no entanto, são longos, desdobrados em inúmeras seções e incisos. O art. I[2] é dedicado ao Poder Legislativo; o art. 2-, ao Executivo; o art. 3[2], ao Judiciário; o art. 4[a], a aspectos das relações entre os Estados da Federação; o art. 5[2], às emendas à Constituição; o art. 6[2] prevê a supremacia da Constituição e das leis; e o art. 1- cuida da ratificação da Constituição pelos Estados.

58 A maior parte das emendas constituem aditamentos ao texto original. Exceção digna de nota foi a Emenda 21, de 1933, que revogou a Emenda 18, de 1919, que proibia a fabricação, importação e exportação de bebidas alcoólicas (a denominada lei seca). A Emenda 27 - que prevê que a variação da remuneração de senadores e deputados só poderá entrar em vigor após nova eleição, isto é, na legislatura seguinte - tem uma história singular: foi apresentada por James Madison, em 1789, tendo sido aprovada pelo Senado juntamente com as dez primeiras emendas e enviada aos Estados para ratificação, como exigido pelo art. 5[2] da Constituição. Como não se prevê prazo de validade, ao longo de mais de dois séculos ela foi sendo ratificada por um ou outro Estado, sem merecer maior atenção. Até que, em 1992, o Estado de Michigan tornou-se o 38[2] Estado a ratificá-la, inteirando os três quartos exigidos, e fazendo com que passasse a viger. V. Erwin Chemerinsky, Constitutional law: principies and policies, 1997.

isso se operasse uma alteração no texto originário. Mas não se deve minimizar a circunstância de que a Constituição teve a plasticidade

necessária para se adaptar a novas realidades. A seguir, breve comentário acerca do papel e da configuração atual de três das principais instituições norte-americanas: o Presidente, o Congresso e a Suprema Corte.

O Presidente da República, principal liderança política e chefe da Administração Pública, é eleito para um mandato de quatro anos, admitida uma reeleição[59]. Formalmente, sua escolha se dá por via indireta, mediante voto de delegados partidários designados por cada um dos Estados, de acordo com o voto popular ali manifestado[60]. O Presidente é o chefe supremo das Forças Armadas e, com a aprovação do Senado, nomeia os principais agentes públicos do país. Dentre eles, os juizes federais e os ministros da Suprema Corte, inclusive designando seu presidente (o Chief Justice). Além de suas competências administrativas ordinárias, exerce também poderes normativos (rules, regulations e Executive orders) e participa do processo legislativo, através do envio de projetos e do exercício do poder de veto à legislação aprovada pelo Legislativo. Deve prestar, periodicamente, informações ao Congresso acerca do estado da União e sujeita-se à destituição mediante impeachment, em casos de traição, suborno ou outros crimes graves[61].

O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso, em sistema bicameral, compreendendo a Câmara dos Representantes e o Senado. A Câmara é composta de 435 membros, sendo a representação de cada Estado proporcional ao

59 A Emenda 22 veda que o Presidente seja eleito mais de duas vezes, isto é, admite apenas uma reeleição. Aprovada em 1951, essa Emenda restaurou uma limitação de natureza costumeira, que vinha desde o término do segundo mandato de George Washington, mas não foi seguida por Franklin Roosevelt, que se reelegeu para um terceiro e para um quarto mandatos.

60 A eleição do Presidente é feita por um colégio eleitoral, composto por 538 integrantes, cuja composição obedece ao seguinte critério: cada Estado, por regras estabelecidas na sua própria legislação, indica um número de delegados correspondente à soma de Senadores e Deputados daquele Estado (Constituição, art. 2-). Há, todavia, uma singularidade: à exceção dos Estados de Maine e Nebraska, o candidato que obtiver mais votos populares em um Estado recebe todos os votos dos delegados daquele Estado. Esse critério já fez com que, por três vezes, o candidato vencedor no voto popular perdesse no colégio eleitoral. Tal anomalia ocorreu pela última vez na eleição de outubro de 2000, quando o candidato eleito George W. Bush teve menos votos populares do que seu oponente, Al Gore. Sobre o tema, v. James W. Ceaser, Presidential selection: theory and development, 1980; e Samuel Issacharoff, Pamela S. Karlan e Richard H. Pildes, When elections go bad: the law of democracy and the presidential election of 2000, 2001.

61 O impeachment, isto é, o processo por crime de responsabilidade, é julgado pelo Senado, desde que admitida a acusação pela

Câmara dos Representantes. Três Presidentes americanos enfrentaram processos de impeachment. Andrew Johnson, em 1867, teve a acusação admitida pela Câmara, mas venceu no Senado por um voto. Nixon, em 1974, renunciou antes do julgamento da admissibilidade da acusação pelo plenário da Câmara. Bill Clinton sofreu igualmente processo de impeachment, no desdobramento de um escândalo sexual amplamente explorado, mas foi absolvido pelo Senado em fevereiro de 1999.

número de seus habitantes. Os representantes são eleitos para um mandato de dois anos, pelo sistema majoritário distrital. O Senado é o órgão de representação dos Estados, cada um elegendo dois senadores, perfazendo um total de cem, com mandato de seis anos. Cabe ao Senado, que é presidido pelo Vice- -presidente da República, a deliberação final acerca dos tratados firmados pelo Poder Executivo. Os projetos de lei aprovados em uma casa legislativa são submetidos à outra. As competências legislativas da União são limitadas e se encontram expressas na Constituição. Os Estados exercem os poderes remanescentes, o que faz com que, nos Estados Unidos, seja estadual a maior parte da legislação que rege o dia a dia das pessoas, como as normas de direito penal, comercial, contratos, responsabilidade civil, sucessões etc. O Congresso desempenha, também, amplas competências de investigação e fiscalização.

A história do direito constitucional americano é contada pelas decisões da Suprema Corte, órgão supremo do Poder Judiciário, composto por nove membros (Justices). Desde que avocou a condição de intérprete maior da Constituição[62], sua trajetória é marcada por avanços e recuos, prudências e ousadias, ativismo e autocontenção. A brevidade do texto constitucional e suas cláusulas gerais e abertas deram à Suprema Corte um papel privilegiado na interpretação e definição das instituições e dos valores da sociedade americana. Ao longo de mais de dois séculos, coube-lhe, dentre outras tarefas, (i) definir as competências e prerrogativas do próprio Judiciário[63], do Legislativo[64] e do Executivo[65]; (ii) demarcar os poderes da União e dos Estados dentro do sistema federativo[66];

62 Em Marbury v. Madison (1803), a Suprema Corte estabeleceu o princípio da supremacia da Constituição, bem como a autoridade do Judiciário para zelar por ela, inclusive invalidando os atos emanados do Executivo e do Legislativo que a contrariem.

63 Em casos como Lutherv. Borden (1849), Baker v. Carr (1962) e Powellv. McCormack (1969), a Suprema Corte desenvolveu a denominada political question doctrine, procurando definir as situações que, por sua natureza política, deveriam ser consideradas inadequadas para decisão pelo Judiciário, devendo a manifestação dos outros dois Poderes ser considerada final.

64 Em McCulloch v. Maryland (1819), a Suprema Corte construiu a doutrina dos poderes implícitos. Embora a Constituição não desse competência expressa ao Congresso para a criação de um banco nacional, tal atribuição poderia ser inferida como "necessária e própria" para

o desempenho de outras competências inequívocas da União, como arrecadação de tributos e realização de empréstimos.

65 Em United States v. Nixon (1974), a Corte assentou que a imunidade do Executivo não era um valor absoluto e que, nas circunstâncias, deveria ser ponderada com a necessidade de produção de prova em um processo penal em curso. Determinou, assim, que o Presidente entregasse ao Judiciário fitas que o incriminavam. O desdobramento do caso - que ficou mundialmente conhecido como Watergate - conduziu ao impeachment de Nixon.

66 A tendência ao longo dos anos tem sido a ampliação da atividade legislativa federal, com base na competência do Congresso para legislar sobre comércio entre os Estados (commerce clause, art. I[2], seção 8) e, também, por força da doutrina denominada preemption, derivada da supremacia do direito federal, que faz com que ele prevaleça na hipótese de atuação concorrente do Congresso e do Legislativo estadual {supremacy clause, art. 6[2]).

(iii) estabelecer o sentido e alcance de princípios fluidos, como devido processo legal (procedimental e substantivo)[67] e igualdade perante a lei[68]; (iv) assegurar liberdades fundamentais, como a liberdade de expressão[69], o direito de privacidade[70] e o respeito aos direitos dos acusados em matéria penal[71]; (v) traçar os limites entre a atuação do Poder Público e da iniciativa privada em matéria econômica[72]. A despeito de seu prestígio e sucesso, a Suprema Corte viveu momentos de dificuldades políticas[73], teve algumas linhas jurisprudenciais

67 A cláusula do devido processo legal, constante das Emendas 5 e 14, surgiu como uma garantia de natureza processual, compreendendo direitos à citação, ao contraditório, à assistência por advogado, a um juiz imparcial, dentre outros (v. Vitek v. Jones, 1980). Com o tempo, todavia, desenvolveu-se a idéia de devido processo legal substantivo, critério pelo qual a Suprema Corte passou a exercer um controle sobre a discricionariedade dos atos governamentais - legislativos e administrativos -, admitindo a possibilidade de invalidá-los por falta de racionalidade ou de razoabilidade.

68 Em Plessy v. Ferguson (1896), a Suprema Corte considerou válida lei estadual da Louisia- nia que impedia negros e brancos de viajarem no mesmo vagão de trem. Era a doutrina dos iguais, mas separados. Somente em Brown v. Board ofEducation (1954) essa doutrina veio a ser condenada, na histórica decisão que determinou que crianças brancas e negras freqüentassem as mesmas escolas públicas, provocando imensa reação e resistências que duraram mais de uma década.

69 Sem embargo de decisões que admitiram restrições e punições pela participação em atividades comunistas - Abrams v. United States (1951); Dennisv. United States (1951) -, a Suprema Corte

desenvolveu uma reputação liberal em matéria de liberdade de expressão, em casos nos quais restringiu a possibilidade de indenização por ofensa à honra (New York Times Co. v. Sulli- van, 1964) e rejeitou a censura prévia (New York Times Co. v. United States, 1971). Em um caso mais recente (United States v. Eichman, 1990), a Corte, por maioria apertada de 5 a 4, considerou inconstitucional lei federal que punia como crime a queima ou qualquer outra forma de dessacralização da bandeira americana.

70 Embora não expresso na Constituição, a Suprema Corte reconheceu a existência de um direito de privacidade, ao considerar inconstitucional lei estadual que vedava a prescrição e o uso de meios anticoncepcionais (Griswold v. Connecticut, 1965). Em Roev. Wade (1973), o direito de privacidade foi estendido a ponto de incluir a decisão de uma mulher de realizar aborto, pelo menos até o terceiro mês de gravidez.

71 Em Gideon v. Wainright (1963), a Corte assegurou o direito de qualquer réu em processo penal ter um advogado. Em Miranda v. Arizona (1966), estabeleceu a invalidade da confissão de qualquer acusado se não tiver sido informado do seu direito de ter um advogado, de permanecer calado e do fato de que tudo o que disser poderá ser usado contra ele em juízo.

72 A decisão proferida em Lochnerv. New York (1905) deu início ao período conhecido como "era Lochner", no qual a Suprema Corte considerava inconstitucionais, por violarem a liberdade de contratar, normas que interferissem nas relações de trabalho, estabelecendo direitos sociais, como jornada máxima de trabalho ou salário mínimo. Em West Coast Hotel v. Parrish (1937), a Corte mudou a orientação anterior e passou a admitir como legítima lei que fixava aqueles direitos.

73 Sem embargo de sua indisputada relevância histórica, Marbury v. Madison (1803) foi uma decisão pragmática de sobrevivência política da Suprema Corte. Ao considerar inconstitucional a lei que lhe dava competência para julgar o caso, evitou o confronto com o Presidente Thomas Jefferson. Não é desimportante assinalar que Jefferson obtivera do Congresso, onde

revertidas por via de emenda constitucional[74] e proferiu decisões que mereceram crítica severa".

A extraordinária experiência constitucional americana deve ser vista como um caso especial, e não como um modelo universal ou um paradigma[76]. Os Estados Unidos emergiram da Segunda Grande Guerra como a principal potência ocidental. Após o fim da Guerra Fria, com o colapso da União Soviética, em 1989, assumiram a hegemonia de uma ordem mundial marcada pela injustiça social, pela desigualdade entre as nações e pela ausência de democracia em boa parte dos países. Em 11 de setembro de 2001, atentados terroristas desfechados por fundamentalistas islâmicos a N. York e Washington desconcertaram a humanidade, exibiram conflitos culturais e ressentimentos históricos, dando início a uma era de desconfianças e incertezas.

detinha a maioria, a suspensão do funcionamento da Suprema Corte no ano de 1802, bem como ameaçava com impeachment os juizes que votassem contra ele. Em 1936, em meio a intensa disputa com o Presidente Franklin Roosevelt, o Executivo enviou ao Congresso o denominado court packing plan, pelo qual seria aumentado o número de juizes da Suprema Corte, com o intuito de atenuar sua oposição às políticas do New Deal. A inovação não foi aprovada, mas a Corte recuou na sua jurisprudência restritiva às leis de proteção do trabalho, como visto na nota anterior.

74 Por quatro vezes o Congresso editou emendas à Constituição para o fim de alterar a interpretação estabelecida pela Suprema Corte: a) a 1 lâ Emenda, dando imunidade de jurisdição aos Estados; b) a criação de uma cidadania nacional pela 14â Emenda; c) a admissão de um imposto federal sobre a renda, advinda com a 16s Emenda; e d) a extensão do direito de voto em eleições estaduais e nacionais a todos que contassem 18 anos, introduzida pela 26- Emenda.

75 Em DredScottv. Sandford (1857), a Suprema Corte entendeu que negros não eram cidadãos, na acepção constitucional do termo. Em Korematsu vs. United States (1944), considerou legítima a internação de todas as pessoas descendentes de japoneses em campos através dos Estados Unidos (o que, diga-se de passagem, não ocorreu com alemães e italianos). Em United States v. Alvarez-Machain (1992), reformou a decisão dos tribunais inferiores e aceitou exercer jurisdição sobre pessoa de nacionalidade mexicana que havia sido seqüestrada em seu país de origem por agentes do governo americano.

76 Bruce Ackerman, The rise of world constitutionalism, Yale Law School OccasionalPapers, Second Series, n. 3, 1997: "We must learn to look upon the American experience as a special case, not as the paradigmatic case". Comentando a idéia recorrente de se adotar no Brasil um modelo constitucional análogo, fundado em um texto sintético a ser desenvolvido pelos tribunais, escrevi em meu texto "Doze anos da Constituição brasileira de 1988", in Temas de direito constitucional, 2001, p. 41-42: "A idéia é ótima, e não é nova: tem mais de 210 anos, se tomarmos como marco a Convenção de Filadélfia de 1787. Sua importação para o Brasil é uma tentação contínua. Naturalmente, para que pudesse dar certo, precisaríamos também importar os puritanos ingleses que colonizaram os Estados Unidos, assim como a tradição do common law e a declaração de Virgínia. Ajudaria, também, se permutássemos D. Pedro I por George Washington e José Bonifácio por James Madison. Ruy Barbosa ficaria. Ah, sim: sem uma guerra civil sangrenta e quinhentos mil mortos, a importação também seria um fiasco".

1.3 França"

Os gauleses, oriundos da Escandinávia, dominaram o que hoje corresponde ao território da França a partir do século VI a.C. Júlio César incorporou-o ao Império Romano ao final das guerras Gálias, em 58 a.C. O

cristianismo penetrou na região desde o século I, tendo seu desenvolvimento se acelerado após o Édito de Milão (313)[78]. Com as invasões bárbaras formaram-se, em princípios do século V, três reinos germânicos: o dos visigodos, o dos burgúndios e, o mais importante deles, o dos francos, que terminou por se impor sobre os outros dois. O grande iniciador da dinastia franca foi Clóvis (481-511), cuja conversão ao catolicismo deu início ao que viria a ser um Estado unificado sob uma fé comum[79]. Alguns séculos mais tarde, no ano 800, Carlos Magno, outro franco, foi coroado, pelo Papa Leão III, Imperador do Ocidente, liderando a primeira grande organização política surgida no mundo ocidental após a queda

77 François Furet e Mona Ozouf, Dictionnaire critique de la Révolution Française, 1988; Emma- nuel Sieyès, Qu'est-ce que lê tiers État (A constituinte burguesa, 1986); Debbasch, Pontier, Bourdon e Ricci, Droit constitutionnel et institutions politiques, 1990; Bernard Chantebout, Droit constitution- nel e science politique, 1991; Pierre Pactet, Institutions politiques: droit constitutionnel, 1994; François Luchaire, Le Conseil Constitutionnel, 1997, 3 v.; Long, Weil, Braibant, Delvolvé e Ge- nevois, Lês grands arrêts de la jurisprudence administratiw, 1996; Gaudement, Stirn, Farra e Rolin, Lês grands avis du Conseil d'État, 1997; John Bell, French constitutional law, 1992; R. C. van Caenegem, An historical introduction to western constitutional law, 1995; J. M. Kelly, A short history of western legal culture, 1992; Maurice Duverger, Os grandes sistemas políticos, 1985; Hannah Arendt, On révolution, 1987; Marcelo Caetano, Direito constitucional, 1977, v. 1; Dalmo de Abreu Dallari, Elementos de teoria geral do Estado, 1989; Paul Johnson, A história do cristianismo, 2001; John A. Garraty e Peter Gay (editores), The Columbia history of the world, 1988; The Encyclopedia Americana, 1998, v. 12; Encyclopedia Britannica, 1975, v. 9; The Columbia Encyclopedia, 1993; Marcelo Cerqueira, A Constituição na história, 2006.

78 Constantino, Imperador romano que se converteu ao cristianismo e mudou a capital de Roma para Constantinopla, promulgou, em conjunto com Licínio, o Édito de Milão, que garantiu a tolerância ao cristianismo em todo o Império. Esse fato é considerado por escritores autorizados como "um dos acontecimentos decisivos da história da humanidade" (Paul Johnson, História do cristianismo, 2001, p. 83).

79 Evitando um desvio de rota prolongado, é oportuna, todavia, uma breve nota acerca do papel desempenhado pela religião nessa quadra da história da humanidade. Após a queda do Império Romano do Ocidente, o mundo viveu um longo período de estagnação intelectual, no qual a Igreja Católica constituía exceção única. Passou, assim, a exercer o monopólio do conhecimento e desenvolveu uma filosofia própria, a Escolástica, baseada em Aristóteles, mas apropriada pela ortodoxia dogmática da teologia cristã. A Igreja foi a principal instituição da Idade Média, e sua significação para o indivíduo, em uma época na qual não

existia o Estado tal como concebido hoje, era maior do que os vínculos que ele mantinha com a sociedade política que integrava. A partir do século XI, quando o Papa Gregório VII depôs o Imperador germânico Henrique IV, teve início a longa disputa pelo poder político (temporal, e não espiritual) 'entre o Papa e o Imperador, que marcaria os últimos séculos da Idade Média e só terminaria com o advento do Estado moderno e a soberania dos monarcas absolutos.

do Império Romano[80]. Em 846, o Império do Ocidente foi dissolvido, dando origem a três linhas sucessoras, incluindo aquela que viria desembocar no Reino da França, após um longo e intrincado processo de concentração e acomodação de poder.

Entre 1337 e 1453, França e Inglaterra envolveram-se em uma disputa territorial que ficou conhecida como a Guerra dos Cem Anos. O século XVI foi marcado pelos efeitos da Reforma e pela recepção das idéias de Lutero e Calvi- no, tornando-se cenário de um longo e violento período de conflitos entre católicos e protestantes[81]. A ascensão de Henrique IV ao trono francês, em 1594, após sua conversão ao catolicismo, deu início a uma fase de tolerância religiosa[82]. Seu governo foi decisivo na afirmação do poder real, no enfraquecimento dos senhores feudais e na consolidação de um Estado nacional, havendo lançado as bases do Ancien Régime, fundado no poder absoluto do monarca. O absolutismo se consolida no período de influência do cardeal Richelieu, durante o reinado de Luís XIII, vindo a ter sua expressão simbólica mais marcante em Luís XIV (1643-1715), a quem se atribui a frase-síntese dessa era: "UEtat c'estmoi". Seu sucessor, Luís XV (1723-1774), foi contemporâneo do Iluminismo[83] e do início da superação histórica da teoria do direito divino dos reis.

80 Sob Carlos Magno, um dos principais personagens da Idade Média, responsável pelo renascimento da cultura clássica no Ocidente, o reino franco tornou-se um vasto domínio, que incluía a maior parte dos territórios atuais da França, Bélgica, Holanda, Alemanha, Suíça, Áustria e Itália.

81 Ao lado do Renascimento e do descobrimento da América, a Reforma Protestante é considerada um dos principais marcos de transição para a Idade Moderna, na primeira metade do século XVI. A unidade institucional da Igreja e do cristianismo foi rompida com a divisão entre católicos e protestantes, designação genérica que passou a identificar os seguidores de doutrinas diversas, cujo traço comum originário, no entanto, era a insubmissão à autoridade papal e a condenação de práticas desvirtuadas da Igreja, como a venda de indulgências para angariar recursos. O protestantismo disseminou-se por diversos países da Europa: Inglaterra, Alemanha, Escandinávia, Suíça e parte dos Países Baixos. Na França, deu lugar a uma longa e intermitente guerra civil.

82 Herdeiro do trono francês, Henrique de Navarro, o primeiro monarca da dinastia Bourbon, enfrentou resistências diversas,

tanto internas como da Espanha, para sagrar-se rei da França. Protestante que sobrevivera a mais de um massacre, renegou seu credo e converteu-se ao catolicismo para ser aceito pela maioria do povo francês. Ao tomar esta decisão, teria pronunciado frase que se tornaria célebre metáfora: "Paris vale uma missa". Em 1598, promulgou o Édito de Nantes, que deu aos protestantes igualdade de direitos políticos.

83 Iluminismo designa a revolução intelectual que se operou na Europa, especialmente na França, no século XVIII. O movimento representou o ápice das transformações iniciadas no século XIV, com o Renascimento. O antropocentrismo e o individualismo renascentistas, ao incentivarem a investigação científica, levaram à gradativa separação entre o campo da fé (religião) e o da razão (ciência), determinando profundas transformações no modo de pensar e de agir do homem. Para os iluministas, somente através da razão o homem poderia alcançar

Mais do que um evento histórico com seu próprio enredo, a Revolução Francesa desempenhou um papel simbólico arrebatador no imaginário dos povos da Europa e do mundo que vivia sob sua influência, no final do século XVIU. Coube a ela - e não à Revolução Inglesa ou à Americana - dar o sentido moderno do termo "revolução", significando um novo curso para a história e dividindo-a em antes e depois[84]. Olhada a distância, depurada do aparente fracasso e de sua circularidade[85], foi a Revolução Francesa, com seu caráter universal, que incendiou o mundo e mudou a face do Estado - convertido de absolutista em liberal - e da sociedade, não mais feudal e aristocrática, mas burguesa. Mais que isso: em meio aos acontecimentos, o povo torna-se, tardiamente, agente de sua própria história. Não ainda como protagonista, já que a hora era da burguesia. Mas quando, na noite de 14 de julho de 1789, a multidão sem controle marchou pelas ruas de Paris, então capital do mundo civilizado, e derrubou a Bastilha, os pobres e deserdados saíram pela primeira vez da escuridão dos tempos. Daí para frente, passariam cada vez mais a desafiar a crença de que a miséria é destino e não conseqüência da exploração e dos privilégios das classes dominantes[86].

A crise financeira do Estado francês, agravada por seu apoio à guerra de independência americana, foi a causa direta dos eventos que culminaram com a Revolução. A recusa da nobreza proprietária em admitir a redução de seus 'privilégios fiscais levou à convocação dos Estados Gerais, antiga assembleia

o conhecimento, a convivência harmoniosa em sociedade, a liberdade individual e a felicidade. Ao propor a reorganização da sociedade com uma política centrada no homem, sobretudo no sentido de garantir-lhe a liberdade, a filosofia iluminista defendia a causa burguesa contra o Antigo Regime. Alguns nomes que merecem destaque na filosofia e na ciência política: Descartes, Locke, Montesquieu, Voltaire e Rousseau.

84 Em seu magnífico estudo On révolution, 1987 (Iª

edição em 1963), Hannah Arendt comenta o fato intrigante de que foi a Revolução Francesa, e não a Inglesa ou a Americana, que correu mundo e simbolizou a divisão da história da humanidade em duas fases. Escreveu ela: "A 'Revolução Gloriosa', evento pelo qual o termo (revolução), paradoxalmente, encontrou seu lugar definitivo na linguagem política e histórica, não foi vista como uma revolução, mas como uma restauração do poder monárquico aos seus direitos pretéritos e à sua glória. (...) Foi a Revolução Francesa e não a Americana que colocou fogo no mundo. (...) A triste verdade na matéria é que a Revolução Francesa, que terminou em desastre, entrou para a história do mundo, enquanto a Revolução Americana, com seu triunfante sucesso, permaneceu como um evento de importância pouco mais que local" (p. 43, 55-56).

85 Marcelo Caetano, Direito constitucional, 1977, p. 127-135: "Se percorrermos a história do período revolucionário, desde 1789 a 1804, verificaremos (...) que sucedem-se a Monarquia absoluta, a Monarquia limitada, a República democrática, a República autoritária ou ditadura e por fim, novamente, a Monarquia absoluta".

86 Hannah Arendt, On révolution, 1987, p. 48: "E essa multidão, aparecendo pela primeira vez na'larga luz do dia, era na verdade a multidão dos pobres e oprimidos, que nos séculos anteriores estivera escondida na escuridão e na vergonha".

parlamentar que não se reunia desde 1614, integrada por representantes da nobreza, do clero e do terceiro estado, que compreendia as camadas remanescentes da população[87]. Embora a regra fosse a votação por estado - o que asseguraria sempre a vitória da aliança nobreza/clero -, o terceiro estado rebelou-se contra esse critério e autoproclamou-se, inicialmente, Assembleia Nacional e, logo em seguida, Assembleia Constituinte[88]. Em suas causas mais profundas, o processo era impulsionado pela busca do poder pela burguesia[89] e pela opressão que o sistema feudal impunha aos camponeses[90].

A Revolução não foi contra a monarquia, que, de início, manteve-se in- questionada, mas contra o absolutismo, os privilégios da nobreza, do clero e as relações feudais no campo. Sob o lema liberdade, igualdade e fraternidade, pro- moveu-se um conjunto amplo de reformas antiaristocráticas, que incluíram: a) a abolição do sistema feudal; b) a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão; c) a elaboração de uma nova Constituição, concluída em 1791; d) a denominada constituição civil do clero. Essa primeira fase da revolução, que foi de 1789 a 1792, consumou o fim do Antigo Regime e pretendeu criar uma monarquia constitucional e parlamentar, em que o rei deixava de ser soberano por direito próprio e passava a ser delegado da nação.

87 Na típica estratificação social feudal, baseada em ordens ou estamentos, o terceiro estado era composto pelos camponeses (pequenos proprietários, arrendatários, assalariados rurais), a burguesia

(banqueiros, comerciantes, profissionais liberais e proprietários) e trabalhadores urbanos, conhecidos como sans cullotes (pequenos logistas, artesãos e assalariados em geral).

88 Em 17 de junho de 1789, por proposta de Emmanuel Joseph Sieyès (um padre promovido a abade pela imprecisa tradução do francês abbé), o terceiro estado se declarou Assembleia Nacional e, em 9 de julho de 1789, sob o impacto já da insurreição popular, transformou-se em Assembleia Constituinte. Sieyès foi o autor de importante manifesto, publicado às vésperas da Revolução, em fevereiro de 1789, intitulado Qu 'est-ce que le tiers État?, no qual defendeu os interesses do terceiro estado, cujos representantes eram "os verdadeiros depositários da vontade nacional". Credita-se a Sieyès, igualmente, a distinção fundamental entre poder constituinte e poder constituído, que será objeto de estudo mais adiante.

89 Os burgos designavam os centros comerciais e financeiros que se formaram na Europa, a partir dos séculos XII e XIII. Essas aglomerações, que se situavam em domínios senhoriais, compravam sua própria independência e passavam a ter influência política autônoma. A expansão do comércio ao longo dos séculos, tanto dentro da Europa como com o Oriente, a produção excedente resultante de novas técnicas, o surgimento de pequenas indústrias e a relevância assumida pela atividade financeira fizeram surgir uma classe cuja força econômica era baseada no dinheiro, e não mais na propriedade da terra. Tem início a longa transição que levará do feudalismo ao capitalismo. Na França da segunda metade do século XVIII, essa nova classe, a burguesia, tornara-se a mais rica e instruída, e o absolutismo, com seu modelo feudal- -aristocrático, representava um obstáculo à sua ascensão ao poder.

90 A estrutura socioeconômica da França pré-revolucionária era agrária e feudal. Mais de 80% da população era composta de camponeses que, por não possuírem terras próprias, trabalhavam nas terras dos grandes senhores, como arrendatários ou foreiros, pagando a estes direitos feudais.

A Revolução passaria ainda por fases diversas[91], marcadas pelo radicalismo das facções políticas, no plano interno, e pela hostilidade das monarquias eu- ropeias, que estiveram em guerra com a França entre 1792 e 1800. A instabilidade política e institucional levou à execução do rei, acusado de traição, e à instauração da República, dando início ao período conhecido como o do governo da Convenção (1792-1795)[92]. Após a derrocada do Terror e de Robespier- re, sobreveio o período historicamente conhecido como o do Diretório (1795- 1799)[93], no qual se procurou, sem sucesso, edificar um republicanismo moderado. A fragilidade política desse governo colegiado e o sucesso militar nas campanhas externas deram ensejo à ascensão do exército e de seus generais. Coube a um deles, Napoleão Bonaparte, deflagrar, em novembro de 1799, o golpe de Estado conhecido como 18 Brumário, marco inicial de uma fase decisiva da história

francesa e europeia - a era napoleônica —, na qual ele exerceu o poder como cônsul, ditador e imperador, sucessivamente, até que a sorte viesse a faltar-lhe no campo de batalha, em 1814, levando à sua abdicação[94].

91 São comumente identificadas quatro fases: (i) a instauração de uma monarquia constitucional e parlamentar; (ii) a Convenção; (iii) o Diretório; (iv) a era napoleônica. Até mesmo um calendário revolucionário foi instituído, tendo como início do ano I o dia seguinte à pro- clamação da República (22.9.1792). Os meses foram rebatizados com nomes como Brumaire (névoa), Fructidor (frutas) e Thermidor (calor).

92 Em meio à insurreição popular de agosto de 1792, a Assembleia Nacional foi dissolvida, tendo sido eleita, por sufrágio amplo, uma Convenção, que viria a elaborar a Constituição de 1793 (Constituição do ano I). No plano político, os jacobinos venceram a disputa contra os girondinos e, sob a liderança de Robespierre, implantaram o reino do terror, que resultou na prisão e execução de milhares de pessoas acusadas de serem adversárias da Revolução. A crise política e a guerra externa impediram que a Constituição de 1793 tivesse vigência.

93 Membros da Convenção, temendo que Robespierre se voltasse contra eles, destituíram-no e levaram-no à guilhotina, em julho de 1794, no que se denominou Reação Thermidoriana. A Convenção elaborou uma nova Constituição, a de 1795 (Constituição do ano III), instituindo um govemo colegiado com cinco membros, o Diretório. Essa fórmula duraria quatro anos, sob a ameaça da volta dos jacobinos, de um lado, e dos realistas, de outro, e uma sucessão de golpes de Estado. O desgaste do Diretório e a exaustão da população com a interminável crise política e econômica prepararam o cenário para o último ato do período revolucionário: a ascensão de Napoleão.

94 A Constituição de 1799 (Constituição do ano VIII) deu forma jurídica ao regime de Consulado, que encobria a realidade do mando pessoal de Napoleão. Em maio de 1802, um plebiscito conferiu-lhe o título de cônsul vitalício. Em 1804, por decisão nominal do Senado confirmada em consulta popular, Napoleão é sagrado imperador, tendo lugar o célebre episódio da autocoroação na Catedral de Notre-Dame. Restabeleceu-se, inclusive, a hereditarie- dade do poder. A Revolução, aparentemente, encerrava-se onde começara: com uma monarquia absoluta e hereditária. As guerras e conquistas de Napoleão mudariam o curso da história política da Europa. Após a retirada da Rússia, em 1812, e derrotas sucessivas para a coalizão formada por Inglaterra, Áustria, Prússia e Rússia, em 1813, Napoleão é levado à abdicação e ao exílio na Ilha de Elba, em 1814. Em março de 1815, ainda tentaria voltar ao poder, fugindo de Elba e recebendo aclamação popular. A derrota final viria cem dias depois, em Waterloo, na Bélgica, seguida do exílio definitivo na Ilha de S. Helena, no Atlântico Sul.

A Restauração monárquica de 1814-1815 parecia encarnar o fim do processo revolucionário francês. Mas só na aparência. A Revolução,

na verdade, vencera[95]. A França, a Europa e o mundo já não eram os mesmos e jamais voltariam a ser. O Antigo Regime estava morto: não havia mais absolutismo real, nobreza, estamentos privilegiados, corporativismo ou o poder incontestável da Igreja Católica. A Revolução e, sobretudo, a era napoleônica mudaram os sentimentos e a geografia da Europa, contribuindo indiretamente para a unificação da Itália e da Alemanha. A exacerbação dos diversos nacionalismos foi o prenúncio do drama bélico que seria encenado ao longo dos séculos XIX e XX. Quanto às instituições políticas e ao constitucionalismo, consolidaram-se valores como o sufrágio universal, a soberania popular, a separação de Poderes, a proteção dos direitos individuais, com ênfase nas liberdades públicas, na igualdade formal e na propriedade privada. Consumava-se a conquista do Estado pela burguesia, que conduzira o processo revolucionário do primeiro ao último ato, salvo durante o breve intervalo jacobino. Com o Estado liberal burguês, o poder econômico e o poder político celebravam sua aliança definitiva, até aqui inabalada.

A estabilidade institucional jamais seria a marca do constitucionalismo francês. Com a restauração monárquica e a ascensão de Luís XVIII, tem início um novo ciclo constitucional, que incluirá a Carta de 1814 e sua reforma em 1830; a Segunda República, iniciada em 1848, e a ascensão de Luís Bonaparte, em 1852, com a sagração, por via plebiscitária, do Segundo Império. Em 1871, um novo ciclo se inicia, com a queda do Império, após a derrota na guerra franco-prussiana. A Assembleia Nacional, de maioria favorável à monarquia, não pôde instaurá-la, à vista da disputa irresolvida entre os pretendentes ao trono: de um lado, os Bourbon, de outro, os Orleans. Sobreveio, assim, a Constituição de 1875, instituidora da Terceira República, que deveria ter sido provisória, mas durou mais de setenta anos, até a ocupação da França pelos alemães, em 1940. Finda a guerra, foi aprovada, após a rejeição de projeto anterior, a Constituição de 1946, que criou a Quarta República, um modelo parlamentar no qual o Presidente, eleito indiretamente, não detinha poderes efetivos.

A instabilidade dos governos e a grave crise na Argélia, então colônia francesa, levaram ao desprestígio da Constituição de 1946. O general Charles De Gaulle, herói da Segunda Guerra Mundial, liderou o movimento que resultou na elaboração e aprovação, por maioria expressiva, de uma nova Constituição, a de 1958, que ampliava os poderes presidenciais. Tinha início a Quinta República, ainda em curso, que institucionalizou um sistema de

95 José Guilherme Merquior, em seu O repensamento da Revolução, ensaio que antecede a versão brasileira do Dicionário crítico da Revolução Francesa, 1989, p. LVII, assinalou: "O colapso da sociedade hierárquica era um fato; a cultura da igualdade vencera".

governo semipresidencialista[96], fundado na soberania popular, na separação dos Poderes e nos direitos individuais, tal como inscritos na Declaração de 1789 e complementados pelo Preâmbulo da Constituição de

1946. Após a aprovação do Tratado de Maastricht, em 7 de fevereiro de 1992, a Constituição foi emendada para disciplinar o ingresso da França na União Européia. Até a virada do século, haviam sido aprovadas treze emendas ao texto original.

Sob a Constituição de 1958, o Poder Executivo é compartilhado entre o Presidente da República e o Primeiro-Ministro. O Presidente é o chefe de Estado, sendo eleito para um mandato de sete anos, por sufrágio direto e universal[97], exigida maioria absoluta. Titulariza um elenco expressivo de competências, que incluem a nomeação do Primeiro-Ministro, a presidência do Conselho de Ministros, a possibilidade de dissolução da Assembleia Nacional, o comando das Forças Armadas e a negociação de tratados. Já o Primeiro-Ministro é o chefe do governo e da administração, sendo responsável perante o Parlamento e detendo, dentre outras atribuições, competência para formular a política nacional, propor projetos de lei, dar cumprimento às leis, exercer o poder regulamentar e nomear agentes públicos civis e militares. O sistema enseja uma preponderância do Presidente da República, como ocorreu com De Gaulle, Pompidou e Giscard D'Estaing. Sob a presidência de François Mitterrand (1981- 1995), no entanto, o partido do Presidente, que era o socialista, em mais de uma ocasião deixou de ter maioria no Parlamento, o que deu causa à nomeação de um Primeiro-Ministro de partido de oposição a ele. Essa convivência de governantes de partidos opostos, que voltou a ocorrer sob a presidência de Jacques Chirac, eleito em 1995, recebe o nome de cohabitation.

O Poder Legislativo é atribuído pela Constituição ao Parlamento, composto de duas câmaras, a Assembleia Nacional e o Senado. Os deputados da Assembleia Nacional, em número de 577, são eleitos por voto direto, para um mandato de cinco anos, salvo a hipótese de dissolução. O Senado, cuja principal função é a representação das coletividades territoriais, é composto de 521 membros, eleitos indiretamente[98], para um mandato de nove anos.

96 Sobre o tema, v., dentre muitos outros, Maurice Duverger, l.es regimes semi-presidentiels, 1986, autor que cunhou a designação; Rafael Mart'nez Martinez, Semi-presidentialism: a comparative study, 1999, p. 10; e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, 0 parlamentarismo, 1993, p. 21. Para uma análise detalhada do modelo francês, v. Luís Roberto Barroso, Uma proposta de reforma política para o Brasil, Revista de Direito do Estado, 3:287, 2006, p. 303 e s.

97 A eleição direta foi introduzida por emenda, em 1962 (Lei Constitucional n. 62-1292, de 6.11.1962). No texto original, o Presidente era eleito indiretamente, por um colégio eleitoral integrado pelos membros do Parlamento e de conselhos gerais e municipais.

98 O colégio eleitoral do Senado compõe-se de deputados, de conselheiros regionais e gerais e, sobretudo, em uma proporção de 96%, de delegados dos conselhos municipais. V. Bernard Chantebout, Droit constitutionnel e Science politique, 1991, p. 525.

Os parlamentares têm imunidade material e processual. Cabe ao Parlamento votar as leis", cuja iniciativa pertence concorrentemente a seus membros e ao Primeiro-Ministro. Embora os projetos de lei sejam submetidos a cada uma das Casas, sucessivamente, é nítida a preponderância da Assembleia Nacional, que detém a última palavra no processo legislativo e é o órgão perante o qual se promove a responsabilização política do governo. Quando ela adotar uma moção de censura ou quando desaprovar o programa ou uma declaração de política geral, o Primeiro-Ministro deverá apresentar a demissão do governo ao Presidente da República.

O Judiciário recebe pouco destaque na Constituição francesa, que se refere a 1'autorité judiciaire mais como um departamento especializado do que como um verdadeiro Poder[100]. Ali se estabelece, singularmente, que cabe ao Presidente da República garantir "a independência da autoridade judicial", com aparente indiferença ao fato de que é a própria supremacia presidencial que pode ensejar a ingerência indevida[101]. Na França, desde a Revolução, levou-se às últimas conseqüências a idéia de separação dos Poderes no tocante ao Judiciário, objeto de desconfianças históricas[102]. A ele sempre foi vedado apreciar atos do Parlamento ou do governo. Foram criadas, assim, duas ordens de jurisdição totalmente distintas: a) a jurisdição judicial, em cuja cúpula está a Corte de Cassação; e b) a jurisdição administrativa, em cujo topo está o Conselho de Estado, com atribuição de julgar,

99 O art. 34 enumera as matérias reservadas à lei. As demais matérias, fora do domínio da lei, serão providas por regulamentos (art. 37), que terão, portanto, caráter de regulamento autônomo. As matérias reservadas à lei poderão ser tratadas por ordonnances (ato normativo análogo às medidas provisórias do direito brasileiro), mediante autorização do Parlamento conferida por prazo determinado.

100 Dedica-se ao tema o Título VIII da Constituição, composto por três artigos (arts. 64 a 66). Neles se prevê a existência de uma lei orgânica criando o estatuto dos magistrados; de um Conselho Superior da Magistratura, órgão responsável pela disciplina e promoção dos magistrados, presidido pelo Presidente da República; assegura-se a inamovibilidade dos juizes de carreira; e proclama-se que a autoridade judicial é a guardiã da liberdade individual.

101 V. Pierre Pactet, Institutions politiques: droit constitutionnel, 1994, p. 487.

102 Essa desconfiança cultivada na França em relação ao Judiciário pode ser exemplificada por uma das leis aprovadas no contexto da Revolução Francesa, a Lei 16-24, de agosto de 1790, de acordo com a qual apenas o Poder Legislativo poderia explicitar o sentido das suas próprias prescrições. O art. 10 do referido diploma assim dispunha: "Les tribunauxne pourront prendre directement ou indirectement part à Vexercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre Vexécution des décrets du

corps législatif, sanctionnés par le roi, à peine de forfaiture". Até recentemente, esse tipo de prescrição ainda constava de alguns ordenamentos jurídicos, como no Código Civil Chileno, cujo art. 3- dispõe que "solo toca al legislador explicar o interpretar la Iey de un modo general y obligatorio".

em última instância, os litígios entre os particulares e o Estado ou qualquer outra pessoa pública[103].

Antes de concluir, cumpre fazer referência a duas instituições típicas do constitucionalismo francês: o Conselho de Estado e o Conselho Constitucional. O Conselho de Estado existe desde a Constituição do ano Vllt (1799) e desempenha, sob a Constituição de f958, um duplo papel: a) é a mais alta instância da jurisdição administrativa[104], como já referido; b) é o mais alto órgão consultivo do governo[105]. No desempenho de sua atividade de órgão do contencioso administrativo, cabe ao Conselho julgar a conformidade dos regulamentos à lei, aos princípios gerais do direito e à Constituição. Em sua atividade consultiva - que é a única prevista constitucionalmente -, cabe ao Conselho manifestar-se previamente acerca de projetos de lei, medidas provisórias (ordonnances) e decretos regulamentares que interfiram com textos de caráter legislativo[106]. Os pareceres do Conselho de Estado não são vinculantes, mas gozam de elevada respeitabilidade. Quanto ao Conselho Constitucional, deve-se fazer uma observação prévia. Na França, jamais se admitiu o controle de constitucionalidade das leis nos moldes norte-americano ou continental europeu. Sob a Constituição de 1958, todavia, passou a existir um procedimento específico, prévio e preventivo, de verificação da conformidade dos atos legislativos com a Constituição, levado a efeito perante o Conselho Constitucional[107].

O Conselho Constitucional exerce competências de órgão eleitoral e de juiz constitucional (Juge constitutionnel), ao qual devem obrigatoriamente ser submetidas as leis orgânicas e os regimentos das assembleias parlamentares[108].

103 A Constituição prevê, ainda, a existência de uma Alta Corte de Justiça (art. 67), cuja competência específica é julgar o Presidente da República em caso de alta traição; e também de uma Corte de Justiça da República (criada pela Lei Constitucional n. 93-952, de 27.7.1993), que julga o Primeiro-Ministro e membros do governo por atos praticados no exercício da função e qualificados como crimes.

104 Para uma coletânea das principais decisões proferidas pelo Conselho de Estado como órgão supremo do contencioso administrativo, v. Long, Weil, Braibant, Delvolvé e Genevois, Lês grands arrêts de la jurisprudence administrative, 1996.

105 Os principais pareceres proferidos na condição de órgão consultivo do governo podem ser lidos em Gaudement, Stirn, Farra e Rolin, Lês grands avis du Conseil d'État, 1997.

106 Tais competências consultivas vêm previstas nos arts. 37, 38 e 39 da Constituição. O Conselho de Estado é composto por cerca de duzentos membros, divididos em cinco seções administrativas e uma de contencioso.

107 O Título VIII da Constituição (arts. 56 a 63) é dedicado ao Conseil Constitutionnel, cuja composição é a seguinte: a) nove membros, nomeados pelo Presidente da República, pelo Presidente da Assembleia Nacional e pelo Presidente do Senado, à razão de três cada um; b) os antigos Presidentes da República.

108 Art. 61. "As leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regimentos das assembleias parlamentares, antes de sua aplicação, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional, que se pronunciará sobre sua conformidade com a Constituição".

As demais leis podem, igualmente, ser submetidas ao Conselho, antes de sua promulgação, mediante requerimento das pessoas legitimadas[109]. Uma disposição declarada inconstitucional não poderá vigorar. Originariamente, o papel do Conselho Constitucional era impedir desvios no sistema parlamentar è, de fato, em uma primeira fase, sua atuação principal foi demarcar competências, especialmente entre a lei, ato do Parlamento, e o regulamento, ato de governo. Com o tempo, o papel do Conselho, cujas decisões são observadas pelo Conselho de Estado e pela Corte de Cassação, tornou-se mais relevante, sobretudo após uma decisão[110] e uma reforma legislativa[111] paradigmáticas, ambas ocorridas na década de 70. Seus pronunciamentos passaram a estender-se a questões

109 Lei Constitucional n. 74.904, de 29.10.1974 (art. 61): "Para os mesmos fins, as leis podem ser apresentadas ao Conselho Constitucional, antes de sua promulgação, pelo Presidente da República, o Presidente da Assembleia Nacional, o Presidente do Senado ou sessenta deputados ou sessenta senadores".

110 Objetivamente, a Decisão n. 71-44 DC, de 16.7.1971 (disponível em: www.conseil- constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm, acesso em: 26.7.2005), considerou que a exigência de autorização prévia, administrativa ou judicial, para a constituição de uma associação violava a liberdade de associação. Sua importância, todavia, foi o reconhecimento de que os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no preâmbulo da Constituição de 1946, incorporavam-se à Constituição de 1958, por força de referência constante do preâmbulo desta, figurando, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Essa decisão reforçou o prestígio do Conselho Constitucional, que passou a desempenhar o papel de protetor dos direitos e liberdades fundamentais. Além disso, consagrou o "valor positivo e constitucional" do preâmbulo da Constituição e firmou a idéia de "bloco de constitucionalidade". Essa expressão significa que a Constituição não se limita às normas que integram ou se extraem do seu texto, mas inclui outros textos normativos, que no caso eram a Declaração de Direitos do

Homem e do Cidadão, de 1789, e o Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como os princípios fundamentais das leis da República ali referidos. Sobre a importância dessa decisão, v. Léo Hamon, Controle de constitutionnalité et protection des droits individuels, 1974, p. 83-90; G. Haimbowgh, Was it France's Marbury v. Madison?, Ohio State Law Journal, 35:910, 1974; J. E. Beardsley, The Constitutional Council and Constitutional liberties in France, American Journal of Comparative Law, 1972, p. 431-452. Para um comentário detalhado da decisão, v. L. Favoreu e L. Philip, Lesgrands décisions du Conseil Constitutionnel, 2003. Especificamente sobre bloco de constitucionalidade, v. Michel de Villiers, Dictionaire du droit constitutionnel, 2001; e Olivier Duhamel e Yves Mény, Dictionnaire constitutionnel, 1992.

111 Trata-se da Reforma de 29.10.1974. A partir daí, o direito de provocar a atuação do Conselho Constitucional, que antes recaía apenas sobre o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente da Assembleia Nacional e o Presidente do Senado, estendeu-se, também, a 60 Deputados ou 60 Senadores. Dessa forma, o controle de constitucionalidade tornou-se um importante instrumento de atuação da oposição parlamentar. Entre 1959 e 1974, foram proferidas apenas 9 (nove) decisões acerca de leis ordinárias (por iniciativa do Primeiro-Ministro e do Presidente do Senado) e 20 (vinte) acerca de leis orgânicas (pronunciamento obrigatório). De 1974 até 1998 houve 328 provocações (saisine) ao Conselho Constitucional. Os dados constam de Louis Favoreu, La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958, disponível em: www.conseil-constitutionnel.fr, acesso em: 26.7.2005.

envolvendo direitos fundamentais[112] e, por força de modificação constitucional, pode ser solicitado a manifestar-se acerca da compatibilidade de acordos internacionais com a Constituição[113].

Reforma constitucional promovida pela Lei Constitucional n. 2008-724, de 23 de julho de 2008 (Lei de Modernização das Instituições da V República) inovou no controle de constitucionalidade exercido pelo Conselho Constitucional. De fato, foi introduzida uma modalidade de fiscalização de constitucionalidade a posteriori - isto é, após a promulgação e vigência da lei -, em molde mais próximo ao dos tribunais constitucionais europeus. Nessa linha, o novo art. 61.1 da Constituição passou a permitir que o Conselho de Estado ou a Corte de Cassação submetam ao Conselho Constitucional a discussão acerca da constitucionalidade de uma lei que, alegadamente, atente contra direitos e liberdades garantidos pelo texto constitucional. A reforma, que trouxe outras modificações em relação ao Presidente e ao Parlamento, dependia, no tocante à nova atribuição do Conselho Constitucional, da edição de lei orgânica[114].

2 Um caso de sucesso da segunda metade do século XX: a Alemanha"[58"6]

Em 1648, a Paz de Westfalia pôs fim à Guerra dos Trinta Anos e redesenhou a geografia e a política da Europa[117]. Com a dissolução do

Sacro Império Ro

112 Há decisões do Conselho em temas de liberdade individual, de associação, de comunicação, de educação, direitos sindicais, direito de propriedade e igualdade jurídica, dentre outros. V. L. Favoreu e L. Philip, Les grands arrêts du Conseil Constitutionnel, 2003. O repertório de jurisprudência do Conselho é o Recuei! des décisions du Conseil Constitutionnel, publicado anualmente.

113 Lei Constitucional n. 92.554, de 25.6.1992 (art. 54): "Se o Conselho Constitucional encarregado pelo Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro, pelo Presidente de uma das Assembleias ou por sessenta deputados ou sessenta senadores declarar que um acordo internacional comporta uma cláusula contrária à Constituição, a autorização para ratificá-lo ou aprová-lo somente poderá ocorrer após a revisão da Constituição".

114 V. Lei Constitucional n. 2008-724, cujo art. 29 introduziu, na Constituição francesa, o art. 61.1, com a seguinte redação: "Quando, na tramitação de um processo perante uma jurisdição, for sustentado que uma disposição legislativa atenta contra direitos e liberdades que a Constituição garante, o Conselho Constitucional pode ser provocado a se manifestar sobre tal questão, mediante envio pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação, devendo se pronunciar dentro de um prazo determinado".

115 Este tópico beneficiou-se amplamente de pesquisa realizada por Eduardo Mendonça, no âmbito do Grupo de Pesquisa Institucional por mim coordenado no Programa de Pós- -Graduação em Direito Público da UERJ, no ano de 2005, sob o título "Experiências Constitucionais Contemporâneas". As traduções do alemão para o português, constantes das notas de rodapé, são de sua autoria.

116 V. Reinhold Zippelius, Kleine deutsche Verfassunsgeschichte - von frühen Mittelalter bis zur Ge- genwart, 1994; Konrad Hesse, Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, 1998; Gilmar Mendes, Jurisdição constitucional, 1999; Jürgen Schwabe, Cincuenta anos dei Tribunal Constitucional Federal alemán, 2003; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,

mano-Germânico, as comunidades germânicas espalharam-se por mais de trezentos principados autônomos, com destaque para a Prússia e a Áustria. Tal situação permaneceu inalterada até o final das guerras napoleônicas, em 1815, quando os principados foram fundidos em cerca de trinta unidades maiores, formando a Confederação Germânica. Em 1866, com a vitória da Prússia na guerra contra a Áustria, formou-se a Confederação Germânica do Norte, cuja Constituição foi promulgada em 1867. No entanto, a unificação alemã só veio a ser formalmente concluída cerca de quatro anos mais tarde, com a vitória sobre a França. Em 16 de abril de 1871 foi promulgada a Constituição do Império[118], tendo Bismarck como chanceler, cargo que ocuparia até 1890.

Esta Carta só seria superada pela Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, promulgada após o fim da Primeira Guerra

Mundial[119]. Elaborada em um contexto de intensa turbulência política, tornou-se um dos documentos constitucionais mais influentes da história, apesar de sua curta vigência, encerrada, de fato, em 1933. A Constituição é resultado de influências ideológicas diversas[120]. O SPD, partido social-democrata, possuía maioria na assembleia, mas não maioria absoluta, sofrendo a pressão dos partidos mais radicais e da mobilização das ruas. Nesse cenário, a Constituição procurou conciliar tendências políticas contrapostas e estruturou-se em duas grandes partes: na Parte I, organizava o Estado alemão, disciplinando a relação entre os entes federativos (Capítulo I) e entre os Poderes (Capítulos II-VII); na Parte n, estabelecia o catálogo de direitos fundamentais, do qual constavam tanto direitos individuais, de origem liberal, quanto direitos sociais, aí incluídos a proteção do trabalhador e o direito à educação[121].

2000; Vogel, Maihofer e Benda, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1994; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 1991.

117 A Guerra dos Trinta Anos terminou com a vitória dos príncipes alemães protestantes sobre o Imperador Ferdinando II, que pretendia impor novamente a religião católica a todo o império. O Tratado de Westfalia é apontado por diversos autores como o marco inicial do Estado moderno.

118 "Lei relativa à Constituição do império alemão" (Gesetz betreffend die Verfassung des deutschen Reiches).

119 A rendição alemã foi assinada em 20.10.1918. Dias depois, em 28.10.1918, a Constituição foi alterada para retirar, na prática, os poderes do imperador. Em 7.11.1918, o imperador foi obrigado a fugir e sua dinastia foi declarada destituída.

120 Gilberto Bercovici, Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar, 2004.

121 A Constituição de Weimar, por um lado, positivava a igualdade perante a lei (art. 109), a liberdade de locomoção (art. 111), o direito das minorias lingüísticas (art. 113), a garantia da legalidade (art. 114), a inviolabilidade do domicílio (art. 115), a irretroatividade da lei penal (art. 116), a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 117) e a liberdade de expressão (art. 118). Por outro lado, a Constituição positivava também a proteção à família e à maternidade (art. 119), a liberdade de reunião (art. 123), o acesso gratuito à arte, à ciência e à educação (art. 142), a prestação de educação pública para os jovens (art. 143), a obrigatoriedade da educação básica (art. 145). Além disso, determina

Considerada um marco do constitucionalismo social, essa Carta jamais logrou verdadeira efetivação. Sua vigência se deu sob condições econômicas precárias, resultado da política de reparações de guerra imposta pelo Tratado de Versailles[122]. Tais obrigações e a própria

atribuição de culpa exclusiva pela guerra à Alemanha criaram o caldo de cultura adequado para a ascensão do regime nazista[123]. Com a chegada de Adolf Hitler ao poder, deu-se a superação da Constituição de Weimar pela realidade política. Em março de 1933, foi publicada a "lei de autorização" (Ermãchtigungsgesetz), que permitia a edição de leis diretamente pelo governo imperial - na prática, pelo Chanceler Adolf Hitler -, ainda quando divergissem do texto constitucional[124].

Após a derrota na Segunda Guerra e os julgamentos do Tribunal de Nu- remberg, foi promulgada a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em 23 de maio de 1949, marcada pela reafirmação dos valores democráticos. A Constituição enuncia os direitos fundamentais logo em sua abertura, com foco nos tradicionais direitos de liberdade, como a inviolabilidade corporal, a liberdade de locomoção, de expressão e de consciência, dentre outros. O art. I[2] diz respeito à proteção da dignidade da pessoa humana, considerada inviolável. Não há previsão clara de direitos sociais, mas a sua existência tem sido reco

va que a economia deveria ser "organizada sobre os princípios da justiça", com o propósito de realizar a "dignidade para todos" (art. 151); instituía a função social da propriedade, utilizando a famosa expressão "a propriedade obriga" (art. 153); e estabelecia direitos trabalhistas (arts. 157-165) e previdenciários (art. 161).

122 Ilustrativamente, v. Henry Kissinger, Diplomacia, 1999, p. 275: "Só em 1921 - dois anos após a assinatura do Tratado de Versailles - chegou-se a um número para as reparações. E era absurdamente alto: 132 bilhões de goldmarks (cerca de 40 bilhões de dólares, o que representa 323 bilhões, em valores de 1994), importância que exigiria pagamentos alemães pelo resto do século. Como era de se prever, a Alemanha alegou insolvência; mesmo se o sistema financeiro internacional pudesse acomodar uma transferência de recursos tão grande como esta, nenhum governo democrático alemão sobreviveria se concordasse com ela".

123 A culpa exclusiva da Alemanha foi formalmente consignada no art. 231 do Tratado de Versailles, que causou revolta na Alemanha e veio a ser utilizado por Hitler para mobilização popular: "Os aliados e os governos a eles associados esclarecem, e a Alemanha reconhece, que a Alemanha e seus aliados são responsáveis como autores por todas as perdas e danos sofridos pelos aliados, pelos governos associados e pelos cidadãos dos mesmos em razão da guerra a que foram forçados pela agressão da Alemanha e de seus aliados".

124 Art. 2--. "As leis imperiais aprovadas pelo governo imperial podem divergir da Constituição imperial, desde que não tenham por objeto a instituição do parlamento e do conselho imperiais. Os direitos do Presidente do Império permanecem intocados". Como se sabe, tais limitações foram posteriormente superadas na prática. Ainda em 1933 os nazistas provocam o incêndio do Parlamento, atribuído a comunistas, como pretexto para fechá-lo. Em 1934, com a morte de Hindemburg, Hitler unifica

a chancelaria e a presidência, autointitulando-se Führer (líder/guia).

nhecida, sobretudo com base na cláusula do Estado Social[125], aliada à eficácia irradiante dos direitos fundamentais e à teoria dos deveres de proteção[126]. Em certas áreas, como educação, existe a previsão da atuação do Estado, reputan- do-se a atividade privada como claramente subsidiária e dependente de aprovação e supervisão estatal[127].

A Lei Fundamental adotou a forma de Estado federal. Embora, do ponto de vista formal, esse modelo vigorasse desde a unificação, em 1871, jamais funcionara adequadamente, dado o centralismo do período da chancelaria de Bismarck, a turbulência que arrastou a Constituição de Weimar e a concentração de poder que caracterizou o nazismo. A Lei Fundamental de 1949 reputou a opção pela forma federativa como um dos pilares da ordem instituída e protegeu-a com o status de cláusula pétrea[128]. Atualmente, o país é dividido em quinze Estados, sendo duas Cidades-Estado (Berlim e Hamburgo). A repartição de competências entre Governo Federal e Estados prevê a existência de atribuições privativas e concorrentes, modelo que veio a influenciar o constituinte brasileiro de 1988.

125 Nesse sentido, reconhecendo que o constituinte alemão conscientemente deixou de prever direitos a prestações positivas do Estado - à exceção do direito das mães à proteção e amparo da sociedade - mas consagrou diversos elementos objetivos que abrem espaço para uma interpretação voltada à garantia de um patamar mínimo de igualdade fática, v. Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, 1997, p. 420-421.

126 Sobre as origens e fundamentos da teoria do dever de proteção na Alemanha, v. Dieter Grimm, A função protetiva do Estado, in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coords.), A constitucionalização do Direito - fundamentos teóricos e aplicações específicas, 2006, p. 149-165.

127 Desde então, a Constituição sofreu mudanças significativas, porém pontuais, sobretudo para se adaptar à reunificação alemã (emendas de agosto e setembro de 1990) e ao desenvolvimento do processo de integração europeia (e.g., a emenda de 1993 permitiu a extradição de nacionais para países membros da União Europeia ou tribunais internacionais). Trata-se de Constituição analítica, mas não casuística, que contém 146 artigos, distribuídos em 14 (quatorze) partes: I - Os direitos fundamentais; II - A União e os Estados; III - O Parlamento Federal (Bundestag); IV - O Conselho Federal (Bundesrat); IV-A - O Comitê Conjunto (Gemeinsa- mer Ausschuss); V - O Presidente Federal; VI - O Governo Federal; VII - A legislação federal; VIII - A execução das leis e administração federal; VIII-A - Tarefas coletivas; IX - A jurisdição; X - Finanças; X-A - Estado de defesa; e XI - Disposições transitórias e finais. Emenda de 24.6.1968 acrescentou as partes X-A, relativa à decretação de Estado de Defesa em razão de agressão ou iminência de agressão externa,

e IV-A, sobre o funcionamento de um Comitê Conjunto para acompanhar a execução do Estado de Defesa. Tal órgão é composto por membros provenientes do Parlamento Federal e do Conselho Federal, na proporção de dois terços e um terço, respectivamente. Emenda de 12.5.1969 acrescentou o título VIII-A, intitulado "Tarefas Coletivas", nas quais se prevê um regime especial de cooperação entre o ente central e todos os entes locais para a consecução das tarefas de interesse geral que enumera.

128 Lei Fundamental, art. 79.

A forma e o sistema de governo são os da República Parlamentar, organizada sob o princípio da supremacia da Constituição. A Constituição estabelece um modelo de separação de Poderes, com as superposições próprias do parlamentarismo, dividindo o exercício do poder político nas três funções clássicas. O Poder Legislativo organiza-se em duas câmaras, a saber:

a) o Parlamento Federal (Bundestag), órgão da representação popular, é a principal casa legislativa; seus membros são eleitos pelo voto direto e o número de cadeiras pode sofrer ligeira alteração de eleição para eleição, girando em torno de 600 deputados;

b) o Conselho Federal (Bundesrat) é o órgão de representação dos Estados; seus membros são nomeados (e destituíveis) pelos governos estaduais, em número proporcional à população[129].

O sistema eleitoral é o distrital misto, no qual o eleitor tem dois votos simultâneos: o primeiro é dado a um candidato que concorre no distrito, em uma eleição pelo sistema majoritário, realizada no âmbito de cada circunscrição eleitoral; e o segundo dado a um partido, em lista fechada, em uma eleição proporcional[130]. O processo legislativo ordinário normalmente envolve a aprovação de um projeto pelo Parlamento Federal e a revisão pelo Conselho Federal, embora não seja incomum o surgimento de tensões nas relações entre ambos. O processo de emenda à Lei Fundamental exige maioria de 2/3 (dois terços) em ambas as Casas. São cláusulas pétreas a divisão da Federação em Estados, a participação dos mesmos na produção legislativa federal e o elenco de direitos fundamentais constante dos arts. 1 e 20 (LF, art. 79, 2 e 3). O sistema é multipartidário, com proeminência de duas agremiações: o SPD (Sozial- demokratische Partei Deutschlands) e a CDU/CSU (Christlich Demokratische Union/ Christlich Soziale Union, esta última restrita à Baviera). Normalmente, nenhum deles obtém maioria suficiente para governar sozinho, impondo-se a necessidade de formarem coalizões.

O Poder Executivo na Alemanha é dual, como é próprio dos sistemas parlamentaristas. A separação entre o Executivo e o Poder Legislativo é mais tênue do que a existente nos sistemas presidenciais, já que a chefia de governo é exercida pela facção majoritária no Parlamento. O Poder Executivo na Alemanha divide-se entre:

129 Lei Fundamental, art. 51, 2: "Cada Estado tem pelo menos três votos, os Estados que possuem mais de dois milhões de habitantes têm quatro, os que contam com mais de seis milhões de habitantes têm cinco, aqueles com mais de sete milhões de habitantes têm seis".

130 Esse segundo voto servirá para calcular a proporção em que as cadeiras serão distribuídas entre os partidos que houverem ultrapassado a cláusula de barreira, fixada em 5% dos votos válidos. Os candidatos eleitos com o primeiro voto, majoritário, têm direito ao mandato ainda que seus partidos não tenham obtido número suficiente de cadeiras. Isso faz com que o número de parlamentares seja variável.

a) o Presidente da República (Bundespresident), eleito para um mandato de cinco anos, indiretamente, pela Assembleia Nacional (Bundesver- sammlung), que se reúne unicamente para esse fim e é composta por todos os membros do Bundestag e por igual número de representantes escolhidos pelos Estados. O presidente exerce as funções típicas de Chefe-de-Estado, como representar o país nas relações externas, acreditar diplomatas, nomear juizes e outras autoridades;

b) o Governo Federal (Bundesregierung), composto pelo Primeiro-Minis- tro ou Chanceler (Bundeskanzler) e pelos ministros do seu gabinete, nomeados e destituídos pelo Presidente mediante proposta do Chanceler. O primeiro ministro é eleito pelo Parlamento, por proposta do Presidente. O governo federal conduz a política interna, exercendo todas as competências atribuídas ao ente central. Tanto o Chanceler quanto os ministros são responsáveis politicamente diante do Parlamento.

Quanto ao Poder Judiciário, a Constituição assegura a independência dos juizes, submetidos apenas ao Direito (LF, art. 97), embora a supervisão administrativa do Poder Judiciário seja exercida primariamente pelo Ministério da Justiça, no plano federal e nos Estados. A regra geral, extraída da Constituição e reproduzida em lei federal, é a competência estadual, quer na chamada jurisdição comum, quer nas Justiças especializadas (Administrativa, Financeira, Trabalhista, Social). No entanto, a própria Constituição estrutura cinco tribunais federais superiores, encarregados da uniformização das decisões em cada uma das áreas em que se divide a jurisdição. São eles:

- o Tribunal Federal (Bundesgerichtshof)
- o Tribunal Federal Administrativo (Bundesverwaltungsgericht)
- o Tribunal Federal Financeiro (Bundesfinanzhof)
- o Tribunal Federal Trabalhista (Bundesarbeitsgericht)
- o Tribunal Federal Social (Bundessozialgericht)

O controle de constitucionalidade é exercido de forma concentrada. No plano federal, pelo Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht), cujos membros são eleitos, em igual

proporção, pelo Parlamento e pelo Conselho Federal; nos Estados, pelos Tribunais ou Cortes Constitucionais estaduais (Landesverfassungsgerichte). A existência do Tribunal Constitucional Federal é prevista expressamente na Lei Fundamental (art. 92), que institui algumas de suas competências (art. 93) e disciplina sua composição (art. 94). Sua estrutura, no entanto, é detalhada pela Lei federal de 12 de março de 1951, que cons

titui a Lei Orgânica do Tribunal (BVerfGG)[131]. Lei federal pode atribuir outras competências para a Corte, além das que figuram na Lei Fundamental, sendo que as regras procedimentais de atuação junto a ela foram estabelecidas por lei datada de 15 de dezembro de 1986. O tribunal não funciona como corte de cassação ou revisão das decisões dos tribunais inferiores. Sua atuação se restringe à jurisdição constitucional, não lhe cabendo a interpretação ou aplicação do direito infraconstitucional aos casos concretos[132].

O Tribunal Constitucional é dividido em duas "Seções" (Senate)[lii], compostas, cada uma, por oito juizes. Tais Seções dividem as matérias de competência do Tribunal Constitucional, nos termos da sua Lei Orgânica (BVerfGG). Quando houver divergência de entendimento entre as Seções, a decisão deverá ser proferida pelo Plenário (§ 16 do BVerfGG). Há certa flexibilidade quanto à possibilidade de modificação das competências, em razão de eventual excesso de processos em alguma das duas Seções, o que se fará por meio de decisão do Plenário (§ 14 do BVerfGG). Cada Seção ainda deliberará sobre a formação de Câmaras (Kammern), compostas por três juizes (§ 15a.1 do BVerfGG). Uma de suas atribuições é fazer o exame de admissibilidade da remessa ao Tribunal Constitucional das questões constitucionais e das queixas constitucionais. A subdivisão em Câmaras é um importante mecanismo de "barragem" dessas vias de acesso ao Tribunal, em que se concentra grande parte do seu trabalho[134].

As principais competências do Tribunal Constitucional Federal alemão incluem:

a) o controle abstrato de constitucionalidade, que tem por objeto a discussão em tese de norma federal ou estadual impugnada em face da Lei Fundamental. A legitimação para suscitar essa modalidade de controle é extremamen

131 A Lei Fundamental prevê que os membros do TCF são eleitos, metade pelo Parlamento Federal, metade pelo Conselho Federal. Já a Lei Orgânica prevê que serão 16 (dezesseis) os juizes e que terão um mandato de doze anos.

132 V. Gilmar Ferreira Mendes, Jurisdição constitucional, 1999, p. 14; Jutta Limbach, Función y significado dei recurso constitucional en Alemania, Questiones Constitucionales, 3:67, 2000, p. 75; Peter Häberle, El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional, in Domingo Garcia Belaunde e Francisco Fernández Segado, La jurisdicción constitucional en iberoamerica, 1997, p. 251-252; Leonardo

Martins, Introdução à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, in Jürgen Schwabe, Cincuenta anos de jurisprudência dei Tribunal Constitucional Federal Alemán (vários tradutores), 2005, p. 36.

133 A tradução literal de Senat é Senado. Contudo, como a palavra "Senado", na língua portuguesa, assume significado completamente diverso, preferiu-se aqui adotar como sinônimo o termo "seção", em analogia à estrutura do Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

134 V. Peter Hàberle, El recurso de amparo en el sistema germano-federal de jurisdicción constitucional, in Domingo Garcia Belaunde e Francisco Fernández Segado, La jurisdicción constitucional en iberoamerica, 1997, p. 265.

te restrita, limitando-se ao Governo Federal, aos Governos estaduais e a pelo menos 1/3 (um terço) dos membros do Parlamento. O controle abstrato tem sido utilizado com parcimônia na prática constitucional alemã;

b) o controle concentrado de constitucionalidade. Na Alemanha, ao contrário do que ocorre no Brasil, o controle de constitucionalidade em relação à Lei Fundamental é concentrado em uma corte constitucional. Assim, caso qualquer juízo ou tribunal, no exame de um caso concreto, admita a arguição de inconstitucionalidade de uma lei federal, deverá suspender o processo e encaminhar a questão constitucional para ser decidida pelo Tribunal Constitucional Federal;

c) o julgamento da queixa constitucional (Verfassungsbeschwerde), notadamen- te nas questões envolvendo violação de direitos fundamentais por autoridade pública. Podem ser impugnados por essa via decisões judiciais, administrativas e até atos legislativos. A maior parte dos pedidos é apresentada contra decisões de tribunais. A queixa constitucional responde pela grande maioria dos casos apreciados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.

Nos últimos anos, com a retração da Suprema Corte americana, fruto de uma postura mais conservadora e de autocontenção, o Tribunal Constitucional Federal alemão aumentou sua visibilidade e passou a influenciar o pensamento e a prática jurisprudencial de diferentes países do mundo. Muitas de suas técnicas de decisão passaram a ser utilizadas por outros tribunais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro[135]. Ao longo do presente volume, diversas decisões do Tribunal Constitucional Federal serão referidas e comentadas, dentre as quais o caso Lüth, o caso Lebach, o caso Mephisto e o caso do Crucifixo"[6].

3 O constitucionalismo no início do século XXI

Como se constata da narrativa empreendida neste capítulo, o Estado moderno se consolida, ao longo do século XIX, sob a forma de Estado de direito. Na maior parte dos países europeus, a fórmula adotada foi a monarquia constitucional. O núcleo essencial das primeiras

constituições escritas é composto por normas de repartição e limitação do poder, aí abrangida a proteção

135 Como, por exemplo, a interpretação conforme a Constituição, a declaração de nulidade sem redução de texto, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador.

136 Para uma exposição sistemática das principais decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, v. Donald P. Kommers, The constitucional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 1997, e Jürgen Schwabe (org.), Cincuenta anos de jurisprudência dei Tribunal Constitucional Federal Alemán (vários tradutores), 2005.

dos direitos individuais em face do Estado. A noção de democracia somente viria a desenvolver-se e aprofundar mais adiante, quando se incorporam à discussão idéias como fonte legítima do poder e representação política. Apenas quando já se avançava no século XX é que seriam completados os termos da complexa equação que traz como resultado o Estado democrático de direito: quem decide (fonte do poder), como decide (procedimento adequado) e o que pode e não pode ser decidido (conteúdo das obrigações negativas e positivas dos órgãos de poder).

A construção do Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático, no curso do século XX, envolveu debates teóricos e filosóficos intensos acerca da dimensão formal e substantiva dos dois conceitos centrais envolvidos: Estado de direito e democracia. Quanto ao Estado de direito, é certo que, em sentido formal, é possível afirmar sua vigência pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares. Este sentido mais fraco do conceito corresponde, segundo a doutrina, à noção alemã de Rechtsstaat, flexível o suficiente para abrigar Estados autoritários e mesmo totalitários que estabeleçam e sigam algum tipo de legalidade[137]. Todavia, em uma visão substantiva do fenômeno, não é possível ignorar a origem e o conteúdo da legalidade em questão, isto é, sua legitimidade e sua justiça. Esta perspectiva é que se encontra subjacente ao conceito anglo-saxão de rule of the law e que se procurou incorporar à idéia latina contemporânea de Estado de direito, État de droit, Stato di diritto.

Já no tocante à democracia, é possível considerá-la em uma dimensão predominantemente formal, que inclui a idéia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, freqüentemente referidos como liberdades públicas - como as liberdades de expressão, de associação e de locomoção -, realizáveis mediante abstenção ou cumprimento de deveres negativos pelo Estado. A democracia em sentido material, contudo, que dá alma ao Estado constitucional de direito, é, mais do que o governo da maioria, o governo para todos. Isso inclui não apenas as minorias - raciais, religiosas, culturais -, mas também os grupos de menor expressão política, ainda que não minoritários, como as mulheres e, em muitos países, os pobres em geral. Para a realização

137 Luigi Ferrajoli, Derechoy razón, 2000, p. 856 e 860: "[A] transformação do estado absoluto em estado de direito acontece juntamente com a transformação do súdito em cidadão, é dizer, em sujeito titular de direitos já não apenas 'naturais' mas 'constitucionais' em face do estado, que a eles fica vinculado. O chamado contrato social, uma vez traduzido em pacto constitucional, deixa de ser uma hipótese filosófico-política para converter-se em um conjunto de normas positivas que obrigam entre si ao estado e ao cidadão, fazendo deles sujeitos com soberania reciprocamente limitada".

da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade.

O constitucionalismo democrático, ao final da primeira década do século XXI, ainda se debate com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais. Entre governo da maioria e vida digna e em liberdade para todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade. Este continua a ser, ainda, um bom projeto para o milênio.

CAPÍTULO II DIREITO CONSTITUCIONAL

Sumário: I - O direito constitucional no universo jurídico. 1. Generalidades. 2. Conceito. 2.1. A ciência do direito constitucional. 2.2. O direito constitucional positivo. 2.3. O direito constitucional como direito subjetivo. 3. Objeto. II - O direito constitucional como direito público. 1. Direito público e direito privado. 2. Regime jurídico de direito público e de direito privado. III - A expansão do direito público e da Constituição sobre o direito privado. IV - Espaço público e espaço privado. Evolução da dicotomia. Um drama brasileiro. 1. Origens da distinção. 2. O desaparecimento do espaço público: Império Romano e sistema feudal. 3. A reinvenção do público: do Estado patrimonial ao Estado liberal. 4. A volta do pêndulo: do Estado social ao neoliberalismo. 5. O público e o privado na experiência brasileira. V - A subsistência do princípio da supremacia do interesse público. 1. O Estado ainda é protagonista. 2. Sentido e alcance da noção de interesse público no direito contemporâneo.

I O DIREITO CONSTITUCIONAL NO UNIVERSO JURÍDICO'

1 Generalidades

Com a queda da República em Roma, às vésperas do início da era cristã, o constitucionalismo, como idéia e como prática política, desapareceria do mundo ocidental. O monumento jurídico representado pelo direito romano[2], que

1 Luis Sánchez Agesta, Curso de derecho constitucional comparado, 1974; Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde, Manual de derecho constitucional, 1996; Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 1996; Burdeau, Hamon e Troper, Manuel de droit constitutionnel, 1993; Francisco Balaguer Callejón (coord.), Villar, Aguilar,

Gueso, Callejón e Rodríguez, Derecho constitucional, 2004, v. 1; J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003; Afonso Arinos de Melo Franco, Curso de direito constitucional brasileiro, 1968, v. 1; Jorge Miranda, Manual de direito constitucional, 2000; Paulo Biscaretti di Ruffia, Derecho constitucional, 1987; Rosah Russomano, Curso de direito constitucional, 1984; José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 2001; Georges Vedei, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, 1949; Pablo Lucas Verdú, Curso de derecho constitucional, 1989; v. 1; René David, Os grandes sistemas do Direito contemporâneo, 1978; Daniel R. Coquillette, The anglo-american legal heritage, s. d.; Manuel Atien- za, El sentido dei derecho, 2001; Hermes Lima, Introdução à ciência do Direito, 2000; Jean-Bernard Auby e Mark Freedland (org.), La distinction du droit public e du droit prevê: regards français et britanique - the public law/private law divide: une entente assez cordiale?, 2004.

2 O direito romano compreende o conjunto de normas que regeram a sociedade romana em suas-diferentes fases, desde as origens (Roma foi fundada em 754 a.C.) até o ano 565 d.C., com a morte de Justiniano. Engloba, portanto, um período que vem de antes da Lei das Doze

atravessou os séculos, foi a matriz imperecível do direito civil, não do direito constitucional. Ao final da Idade Média, já avançando no século XVI, consolida-se a forma política superadora das cidades antigas (pólis grega e civitas romana) e do modelo feudal (com principados e feudos subordinados a um Império): o Estado moderno, soberano e absolutista. O Iluminismo, as teorias contratualistas[3] e a reação ao absolutismo fazem renascer o ideal constitucio- nalista, fundado na razão, na contenção do poder e no respeito ao indivíduo. Com as revoluções liberais surgem, nos Estados Unidos (1787) e na França (1791), as primeiras constituições modernas, materializadas em documentos escritos, aprovados mediante um procedimento formal e solene.

A precedência histórica da Constituição norte-americana não assegurou aos seus comentadores pioneirismo doutrinário no desenvolvimento do direito constitucional. Por força da herança inglesa do common law[4], fundada em

Tábuas (449 a.C.) e vai até os trabalhos de compilação que viriam a ser denominados Corpus Júris Civilis. Como noticia Antônio Manuel Hespanha, entre os séculos I a.C. e III d.C., o Império Romano estendeu-se por toda a Europa meridional, tendo ainda atingido algumas zonas mais ao norte, como parte da Gália (hoje França) e o sul da Inglaterra. No oriente europeu, o Império Romano expandiu-se pelos Bálcãs e pela Grécia e prolongou-se, depois, pela Ásia Menor. Como assinalado no capítulo anterior, a história da civilização romana dividiu-se em três fases: a realeza, a república e o império. Já a história interna do direito romano, isto é, a evolução de suas instituições, atravessou três fases: o período arcaico (da fundação de Roma até o século II), o período clássico (até o século III) e o período pós-clássico (até o século VI d.C). Por essa razão, influenciou de

maneira profunda todo o direito europeu continental e, em menor escala, o direito inglês.

Em meados do século VI, Justiniano promoveu a compilação de textos jurídicos da tradição romana, compreendendo o Digesto (533 d.C.), que reunia as obras dos juristas clássicos, o Código (529 d.C.), que abrangia a legislação imperial de seus antecessores, e as Instituições (530 d.C.), que constituía um manual introdutório. Houve ainda uma compilação póstuma, as Novelas (565 d.C.), com os atos do próprio Justiniano. Esse conjunto de livros recebeu, a partir do século XVI, o nome de Corpus Júris Civilis, passando a constituir a memória medieval e moderna do direito romano. Sobre o tema, vejam-se, em meio a muitos outros: José Carlos Moreira Alves, Direito romano, 1987, p. 1-3; Antônio Manuel Hespanha, Cultura jurídica euro- peia: síntese de um milênio, 2005, p. 123-131; Sir William S. Holdsworth, Essays in law and history, 1995, p. 188.

3 Para o contratualismo, a Constituição é a forma jurídica do contrato social, tal como concebido no século XVIII. Consiste no pacto por meio do qual os indivíduos, anteriormente livres no estado de natureza, renunciam a parte de sua liberdade em favor de uma organização política, que em contrapartida irá promover a ordem e o respeito aos direitos.

4 Na atualidade, o direito ocidental é dividido em duas grandes famílias, dois grandes sistemas: (i) o da tradição romano-germânica, também referido como civil law, baseado, sobretudo, em normas escritas, no direito legislado; (ii) e o common law ou direito costumeiro, originário do direito inglês, que sofreu menor influência do direito romano, e desenvolveu um sistema baseado nas decisões de juizes e tribunais, consistindo o direito vigente no conjunto de precedentes judiciais. Nas últimas décadas, verificou-se a ascensão do papel da lei escrita nos países do common law e, do mesmo passo, a valorização da jurisprudência - isto é, dos

precedentes judiciais e na solução pragmática de problemas concretos, a evolução do direito constitucional nos Estados Unidos se deu menos pela atividade teórica dos tratadistas e mais pela atuação dos tribunais, notadamente da Suprema Corte[5]. Na França, ao revés, uma sólida produção doutrinária precedeu a Revolução e sua primeira Constituição[6]. Interessantemente, as primeiras cátedras de direito constitucional foram criadas em universidades italianas (Ferrara, Pavia e Bolonha), embora por influência francesa resultante da expansão napoleônica. Apenas em 1834 a disciplina é introduzida na Universidade de Paris[7]. De todo modo, o direito constitucional somente se desenvolve na Europa como disciplina autônoma nas últimas décadas do século XIX, quando regimes constitucionais finalmente se impõem sobre as monarquias absolutas e os governos oligárquico-aristocráticos[8].

Com a Revolução Francesa, o direito civil ganha o Código

Napoleônico (1804), que pretendeu ser sua sistematização definitiva, ao passo que o direito constitucional passa a ter o seu próprio objeto, a Constituição, cujos estudos se desenvolveriam a partir do século seguinte. Como se constata singelamente da breve exposição até aqui empreendida, o direito civil dá

precedentes judiciais - no mundo romano-germânico, inclusive no Brasil. Sobre as características de cada uma dessas famílias jurídicas, v. René David, Os grandes sistemas do direito contemporâneo, 1978; e Daniel R. Coquillette, The anglo-american legal heritage, s.d.; John Henry Merryman, The civil law tradition, 1985; Guido Fernando Silva Soares, Common law: introdução ao Direito dos EUA, 1999.

5 Sem embargo, merecem referência expressa os escritos reunidos em The Federalist Papers, de Hamilton, Madison e Jay, datados de 1787-1788, e a obra clássica de Joseph Story, Com- mentaries on the Constitution of the United States, de 1833.

6 A rigor, de Aristóteles a Montesquieu, autores de origens diversas voltaram sua atenção para a constituição do Estado, embora sob perspectiva política, e não jurídica. Mas no século XVIII, a França se tornara o centro cultural do mundo e o próprio Iluminismo foi um movimento intelectual predominantemente francês. Atribui-se a Sieyès a primeira elaboração teórica que identificou a existência de um poder constituinte como força política superior, distinta do poder constituído, tema que será retomado no capítulo IV (v. Emmanuel Joseph Sieyès, Qu'est-ce que le tier état?, escrito em 1789. Há uma versão em português, intitulada A constituinte burguesa, 1986).

7 A iniciativa coube a Guizot, quando ministro da instrução pública, sob a monarquia liberal de Luís Felipe, que se implantara com a Revolução de 1830. Em seu relatório encaminhado ao monarca, escreveu: "Quanto ao seu objeto e à sua forma, acham-se expressos no título mesmo: é a exposição da Carta e das garantias individuais, como das instituições políticas que ela consagra. Não se trata mais, para nós, de um simples sistema filosófico entregue à disputa dos homens: é uma lei escrita, reconhecida, que pode e deve ser explicada e comentada, tanto quanto a lei civil, ou qualquer outra parte da nossa legislação". V. Afonso Arinos de Melo Franco, Curso de direito constitucional brasileiro, 1968, v. 1, p. 31-32.

8 Para um resumido painel acerca do ensino do direito constitucional em diferentes países do mundo, v. J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 21-30.

continuidade a uma tradição milenar, iniciada com o direito romano. Já o direito constitucional é de formação muito mais recente, contando com pouco mais de dois séculos de elaboração teórica. Essa juventude científica, aliada às circunstâncias históricas e políticas que o condicionam, singulariza o direito constitucional atual, envolvido em grande efervescência teórica e complexidades práticas na sua realização[9].

A Constituição é um instrumento do processo civilizatório. Ela tem por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados. Como qualquer ramo do Direito, o direito constitucional tem possibilidades e limites. Mais do que em outros domínios, nele se expressa a tensão entre norma e realidade social. No particular, é preciso resistir a duas disfunções: (i) a da Constituição que se limita a reproduzir a realidade subjacente, isto é, as relações de poder e riqueza vigentes na sociedade, assim chancelando o status quo; e (ii) a do otimismo juridicizante, prisioneiro da ficção de que a norma pode tudo e da ambição de salvar o mundo com papel e tinta. O erro na determinação desse ponto de equilíbrio pode gerar um direito constitucional vazio de normatividade ou desprendido da vida real[10].

Em sua história curta, mas intensa, o direito constitucional conservou a marca da origem liberal: organização do Estado fundada na separação dos Poderes e definição dos direitos individuais. Um contínuo processo evolutivo, todavia, agregou-lhe outras funções. O conteúdo dos direitos ampliou-se para além da mera proteção contra o abuso estatal, transformando-se na categoria

9 Sobre o tema, v. Norberto Bobbio, Estado, governo e sociedade, 1987, p. 21 -22 (texto ligeiramente editado): "O primado do direito privado se afirma através da difusão e da recepção do direito romano no Ocidente: o direito assim chamado das Pandette é em grande parte direito privado, cujos institutos principais são a família, a propriedade, o contrato e os testamentos. Durante séculos o direito privado foi o direito por excelência. O direito público como corpo sistemático de normas nasce muito tarde com respeito ao direito privado: apenas na época da formação do Estado moderno. Por outro lado, enquanto as obras de direito privado são tratados exclusivamente jurídicos, os grandes tratados sobre o Estado continuam por séculos, mesmo quando escritos por juristas, a ser obras não exclusivamente jurídicas".

10 A expressão "otimismo juridicizante" está em Pablo Lucas Verdú, Curso de derecho político, 1976, v. 1, p. 28. Vejam-se sobre essa temática, Konrad Hesse, La fuerza normativa de la Constitución, in Escritos de derecho constitucional, 1983, e Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2001, p. 235, onde averbou: "A realidade é, por natural, um elemento indissociável do pensamento jurídico, embora não caiba a este reproduzi-la, pois se o Direito se limitasse a repetir a realidade, seria totalmente desnecessário. (...), porém, existe uma distância máxima que há de mediar entre o dever ser normativo e o ser do mundo dos fatos, para que continue a existir comunicação entre os dois mundos e a realidade mantenha, assim, um movimento progressivo de aproximação do dever ser. Ultrapassado esse limite, e rompido esse equilíbrio, o direito perde a capacidade de se comunicar com os fatos".

mais abrangente dos direitos fundamentais. Novos princípios foram desenvolvidos e princípios clássicos foram redefinidos. O Poder Público continuou a pautar-se pelo princípio da legalidade, mas passou a qualificar-se, igualmente, pela legitimidade de sua atuação. A fundamentalidade da Constituição já não reside apenas nas decisões que traz em si, mas também nos procedimentos que institui para que elas sejam adequadamente tomadas pelos órgãos competentes, em bases democráticas. Progressivamente, o direito constitucional foi deixando de ser um instrumento de proteção da sociedade em face do Estado para se tornar um meio de atuação da sociedade e de conformação do poder político aos seus desígnios. Supera-se, assim, a função puramente conservadora do Direito, que passa a ser, também, mecanismo de transformação social. O direito constitucional já não é apenas o Direito que está por trás da realidade social, cristalizando-a, mas o que tem a pretensão de ir à frente da realidade, prefigu- rando-a na conformidade dos impulsos democráticos[11].

Em seu estágio atual, o direito constitucional assumiu, na Europa e no Brasil, uma dimensão claramente normativa. Nos Estados Unidos, desde sempre, esta fora sua característica essencial. Em outras partes do mundo, no entanto, inclusive entre nós, o direito constitucional demorou a libertar-se das amarras de outras ciências sociais, como a história, a sociologia, a filosofia, bem como do próprio varejo da política. Desempenhou, assim, por décadas, mais um papel programático e de convocação à atuação dos órgãos públicos do que o de um conjunto de normas imperativas de conduta. Esse quadro reverteu-se. O direito constitucional moderno, investido de força normativa, ordena e conforma a realidade social e política, impondo deveres e assegurando direitos. A juridiciza- ção do direito constitucional e a atuação profícua dos tribunais constitucionais ou das cortes a eles equiparáveis deram especial destaque à jurisprudência constitucional, característica marcante do novo direito constitucional[12]. No Brasil de hoje, a ampliação da jurisdição constitucional, a importância das decisões judiciais e uma crescente produção doutrinária de qualidade proporcionaram ao direito constitucional um momento de venturosa ascensão científica e política.

2 Conceito

O vocábulo Direito presta-se a acepções amplas e variadas, designando um conjunto heterogêneo de situações e possibilidades. Para os fins aqui visados,

11 V. Callejón (coord.), Villar, Aguilar, Bueso, Callejón e Rodríguez, Derecho constitucional, 2004, v. 1, p. 34.

12 J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 26, faz referência à "viragem jurisprudencial", observando: "As decisões dos tribunais constitucionais passaram a considerar-se como um novo modo de praticar o direito constitucional - daí o nome de moderno direito constitucional".

é de proveito demarcar três sentidos que, embora diversos, integram-se para produzir um conjunto harmonioso. Direito, assim, pode significar: (i) um domínio científico, isto é, o conjunto ordenado de conhecimentos acerca de determinado objeto: a ciência do Direito; (ii) as normas jurídicas vigentès em determinado momento e lugar: o direito positivo; (iii) as posições jurídicas individuais ou coletivas instituídas pelo ordenamento e a exigibilidade de sua proteção: os direitos subjetivos. O direito constitucional se amolda sem embaraços a essa classificação conceituai[13].

2.1 A ciência do direito constitucional

Como domínio científico, o direito constitucional procura ordenar elementos e saberes diversos, relacionados a aspectos normativos do poder político e dos direitos fundamentais, que incluem: as reflexões advindas da filosofia jurídica, política e moral -filosofia constitucional e teoria da Constituição; a produção doutrinária acerca das normas e dos institutos jurídicos - dogmática jurídica; e a atividade de juizes e tribunais na aplicação prática do Direito - jurisprudência. Embora o conceito de ciência, quando aplicado às ciências sociais, e em particular ao Direito, exija qualificações e delimitações de sentido, a ciência do direito constitucional desempenha papel análogo ao das ciências em geral. Nele se inclui a identificação ou elaboração de determinados princípios específicos, a consolidação e sistematização dos conhecimentos acumulados e, muito importante, o oferecimento de material teórico que permita a formulação de novas hipóteses, a especulação criativa e o desenvolvimento de idéias e categorias conceituais inovadoras que serão testadas na vida prática.

A singularidade da ciência do Direito é que ela não pode servir-se, em escala relevante, da ambição de objetividade que caracteriza as ciências exatas ou as ciências naturais. Nesses domínios, as principais matérias-primas intelectuais são a observação, a experimentação e a comprovação, todas elas passíveis de acompanhamento e confirmação objetiva por parte dos demais cientistas e da comunidade em geral. O Direito, todavia, não lida com fenômenos que se ordenem independentemente da atividade do intérprete, de sua subjetividade, de sua ideologia. Ao contrário, por exemplo, do astrônomo, que observa e revela algo que lá já está[14], o jurista cria ele próprio o objeto da sua ciência. O

13 Na língua inglesa, essa variedade de sentidos é expressa por termos diferentes: a ciência do Direito é identificada como Jurisprudence, domínio que compreende a teoria e a filosofia jurídicas; o conjunto de normas em vigor, como Law; e as posições jurídicas individuais, como rights.

14 Essa é a pretensão das ciências exatas ainda quando formulam conclusões a partir de outros elementos que não a observação empírica. Considerando as interações gravitacionais e valendo-se de cálculos matemáticos, os astrônomos conseguiram prever a existência de

Direito, a norma jurídica, não é um dado da realidade, mas

uma criação do agente do conhecimento.

As implicações filosóficas e ideológicas decorrentes dessas constatações são objeto de vasta produção acadêmica. Nessa instância, é prudente passar ao largo do tema, para evitar o desvio prolongado. Volta-se o foco, assim, para a conceituação do direito constitucional na perspectiva de um domínio científico. Trata-se do conjunto sistemático de conhecimentos teóricos e históricos - conceitos e categorias doutrinárias - que permitem a reflexão acerca da disciplina do poder no âmbito do Estado, sua organização, limites e finalidades, assim como da definição dos direitos fundamentais das pessoas sujeitas à sua incidência. Também se insere no seu campo de estudos a discussão sobre a realização de determinados fins públicos que são retirados da discricionariedade política e transformados em obrigações vinculadas do Poder Público.

2.2 O direito constitucional positivo

O direito constitucional positivo é composto do conjunto de normas jurídicas em vigor que têm o status de normas constitucionais, isto é, que são dotadas de máxima hierarquia dentro do sistema. A conquista de normatividade foi capítulo decisivo na ascensão científica e institucional do direito constitucional. Adiante serão estudadas as peculiaridades das normas constitucionais e os múltiplos critérios de classificação, que as dividem, por exemplo, em princípios e regras ou em normas de organização e de conduta, em meio a muitas outras categorias.

Do ponto de vista formal, todo dispositivo que integre o corpo da Constituição desfruta da posição especial referida acima. O direito constitucional positivo consiste, em primeiro lugar, nas normas que compõem a Constituição. Dentre elas se incluem não apenas as que foram editadas com o texto originário, como também as que venham a ser acrescentadas por emendas constitucionais, quer figurem diretamente no texto, quer tenham uma existência autônoma, a ele justaposta. Mas o Direito não se esgota nas normas legisladas: nele se inclui, igualmente, o costume, proposição que é válida também no âmbito do direito constitucional, a despeito das sutilezas que comporta[15]. De parte isso, no con

Netuno e Plutão antes mesmo que os telescópios tivessem capacidade de avistá-los. O que se destaca, portanto, é a pretensão de emitir juízos de fato - no caso, afirmar a existência concreta de um dado corpo celeste - a partir de elementos objetivamente comprováveis. As ciências humanas, por sua vez, não lidam com a certeza matemática, mas sim com a racionalidade prática, com a lógica do verossímil e do justificável. Sobre essa diferença de perspectiva e a possibilidade de uma razão prática fundada na argumentação, v. Chaim Pe- relman e Lucie Olbrechts-Tyteca, Tratado da argumentação, 2000, p. 1-4.

15 Sobre costume constitucional, v. Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 2004, p. 143-145.

texto pós-positivista contemporâneo, o Direito já não cabe

integralmente no relato da norma, sendo admissíveis construções que expandem o seu sentido e alcance, com fundamento nos valores compartilhados pela sociedade e respeitados os limites da legitimidade democrática da atuação judicial. Além desse papel renovado atribuído ao intérprete, o Direito contemporâneo, nos países romano-germânicos, inclusive e destacadamente no Brasil, vem atribuindo importância crescente à jurisprudência e, especialmente, à jurisprudência constitucional, que alguns autores já vêm reconhecendo como fonte formal do Direito[16].

2.3 O direito constitucional como direito subjetivo

Direito é, também, em uma terceira acepção, a possibilidade que o beneficiário de uma norma tem de fazê-la atuar em seu favor, inclusive por meio de recurso à coação estatal. Normas jurídicas e, ipsofacto, normas constitucionais tutelam bens jurídicos socialmente relevantes e interesses individuais. Um direito subjetivo constitucional confere a seu titular a faculdade de invocar a norma da Constituição para assegurar o desfrute da situação jurídica nela contemplada. Consoante doutrina clássica, é o poder de ação, fundado na norma, para a tutela de bem ou interesse próprio.

Como regra, na vida social, as normas jurídicas são espontaneamente observadas e os direitos subjetivos delas decorrentes realizam-se por um proces

16 A observância dos precedentes liga-se a valores essenciais em um Estado democrático de direito, como a racionalidade e a legitimidade das decisões judiciais, a segurança jurídica e a isonomia. No Brasil dos últimos anos, o papel da jurisprudência teve tal expansão que alguns autores passaram a incluí-la no rol das fontes formais do direito (v. Maria Helena Diniz, Curso de direito civil brasileiro, 1" v. (Teoria geral do direito civil), 1999, p. 22; e tb. Dicionário jurídico, 1998, v. 2, verbete "Fonte formal estatal", p. 574). Independentemente de se aderir ou não a essa doutrina, é inegável o movimento no sentido de se valorizar o papel dos precedentes judiciais. Confiram-se alguns marcos nessa direção: (i) de longa data a divergência juris- prudencial tem sido fundamento para a interposição de recurso extraordinário (nos regimes constitucionais anteriores) e de recurso especial, no regime atual: CF, art. 102, III, c, (ii) o texto constitucional confere efeitos vinculantes a precedentes do STF em ação direta de in- constitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade: CF, art. 102, § 2-, (iii) a decisão proferida pelo STF em arguição de descumprimento de preceito fundamental também é dotada de efeito vinculante, conforme determinação legal: Lei n. 9.882, de 3.12.1999; (iv) o texto constitucional, em inovação introduzida pela EC n. 45/2004, passou a prever a súmula vinculante: CF, art. 103-A; (v) o relator nos tribunais pode, monocraticamente, negar se- guimento ou dar provimento a recurso, conforme a decisão impugnada haja observado ou esteja em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de tribunal superior: CPC, art. 557 e § l[2]; (vi) a

sentença proferida contra a Fazenda Pública deve produzir seus efeitos, independentemente do duplo grau de jurisdição, se estiver fundada na jurisprudência do plenário do STF ou em súmula deste tribunal ou do tribunal superior competente: CPC, art. 475, § 3[2].

so natural e simples. As normas jurídicas têm, por si mesmas, uma eficácia racional ou intelectual, por tutelarem, usualmente, valores que têm ascendência no espírito dos homens. Quando, todavia, deixa de ocorrer a submissão da vontade individual ao comando normativo, a ordem jurídica aciona um mecanismo de sanção, promovendo, por via coercitiva, a obediência a seus postulados. Mas esta é a exceção. De fato, se não houvesse essa observância voluntária das normas e dos direitos subjetivos, se fosse necessário um policial atrás de cada indivíduo e, quem sabe, um segundo policial atrás do primeiro, a vida social seria impossível[17].

Portanto, na rotina da vida jurídica, o Estado não institui tributos sem que seja mediante lei, nem os cobra no mesmo exercício em que instituídos, porque estaria violando as normas constitucionais pertinentes e os direitos por ela assegurados (CF, art. 150, I e III, b); da mesma forma, não viola o sigilo da correspondência das pessoas (CF, art. 5-, XII) nem impede a sua livre locomoção (CF, art. 5[2], XV). Mas, em caso de transgressão, sujeitar-se-á à resistência do titular dos direitos em questão e às eventuais sanções ditadas pelo ordenamento. Direitos subjetivos constitucionais investem os jurisdicionados no poder de exigir do Estado - ou de outro eventual destinatário da norma constitucional - prestações positivas ou negativas que proporcionem o desfrute dos bens e interesses jurídicos nela consagrados. Tais direitos incluem os individuais, políticos, sociais e coletivos.

Em síntese conclusiva, a expressão "direito constitucional" pode significar o domínio científico que o estuda, o direito positivo que o ordena ou o direito subjetivo decorrente de normas constitucionais[18].

3 Objeto

O objeto do direito constitucional, em uma conjuntura histórica em que ele se qualifica como normativo, há de recair, naturalmente, sobre as normas constitucionais. Tais normas são dotadas de determinadas peculiaridades que

17 Jean Gicquel e André Hauriou, Droit constitutionnel et institutions politiques, 1985, p. 24.

18 Parte substancial da doutrina, ao debater o conteúdo científico do direito constitucional em bases metodológicas distintas das que foram aqui adotadas, faz referência a três grandes categorias: (a) o direito constitucional positivo ou particular, que estuda a Constituição concreta de um Estado determinado; (b) o direito constitucional comparado, que estabelece o contraste entre normas e instituições jurídicas de Estados diversos; (c) o direito constitucional geral, que tem por objeto os princípios,

conceitos e categorias doutrinárias comuns a diversos sistemas constitucionais. Vejam-se, dentre os autores nacionais: José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 1997, p. 39-40; Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 1996, p. 27-28; Afonso Arinos de Melo Franco, Curso de direito constitucional brasileiro, 1968, v. 1, p. 33-35; Rosah Russomano, Curso de direito constitucional, 1984, p. 21.

as singularizam em relação às demais normas jurídicas e que serão estudadas mais adiante. A doutrina procura identificar no direito constitucional e em suas normas determinados conteúdos específicos, que poderiam ser qualificados propriamente como matéria constitucional: organização do poder político, definição dos direitos fundamentais e, em algumas constituições, determinação dos fins públicos a serem alcançados pela sociedade. Dois fenômenos corriqueiros merecem menção: há matérias de natureza tipicamente constitucional que não são tratadas por normas constitucionais[19]; e, mais comumente ainda, há na Constituição inúmeros dispositivos que não cuidam de nenhuma das matérias consideradas constitucionais[20].

O direito constitucional é não apenas um sistema em si, mas uma forma - na verdade, a forma adequada - de ler e interpretar as normas dos demais ramos do Direito, isto é, todas as normas infraconstitucionais. Além disso, no caso brasileiro, em que vige uma Constituição especialmente analítica, nela se encontram os grandes princípios dos diferentes domínios jurídicos. Do direito penal, por exemplo, colhe-se no art. 5-, XXXIX, o mandamento nuclear: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; do direito administrativo, enuncia o art. 37: a administração obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; do direito tributário, os princípios da reserva legal e da anterioridade (art. 150, I e III, b); do direito processual, o devido processo legal (art. 5[2], LIV); do direito civil, a garantia da propriedade (art. 5-, XXII), a igualdade entre os cônjuges (art. 226, § 5-) e a proteção da criança e do adolescente (art. 227). Os exemplos se multiplicam.

Na verdade, a prática constitucional da maior parte dos países faz constar dos seus textos normas que não são materialmente constitucionais. Cada povo tem as suas circunstâncias políticas e históricas. O Reino Unido e Israel não têm Constituição escrita. A Constituição da índia, por sua vez, tem 395 artigos. Na Suíça, o direito constitucional protege os pássaros. Na Bélgica, ele regula o uso das línguas. Diante da impossibilidade de adoção de um critério material rigoroso na determinação do objeto concreto do direito constitucional, é de valia recorrer, também, a um critério formal. Nessa linha, o direito constitucional se identifica com o conjunto de normas dotadas de superioridade hierárquica em relação às demais normas do sistema jurídico, às quais

19 Como, por exemplo, disposições legais que versam questões de nacionalidade ou, no caso brasileiro, as disposições da Lei de

Introdução ao Código Civil relativas à vigência e interpretação das leis.

20 A Constituição brasileira contém um vasto repertório de disposições que nada têm de materialmente constitucionais, por exemplo, as dedicadas à polícia ferroviária (art. 144, § 3S) ou ao Colégio Pedro II (art. 242, § 2°), em meio a muitas outras.

fornecem fundamento de validade2', não estando elas próprias fundadas em qualquer outra norma.

II O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO DIREITO PÚBLICO

1 Direito público e direito privado

O direito constitucional, conjunto de normas fundamentais instituidoras do Estado e regedoras da sociedade, situa-se no vértice da pirâmide jurídica[22] e é ramo do direito público. A distinção entre direito público e direito privado remonta ao direito romano clássico, que atribuía ao primeiro as coisas do Estado e ao segundo, os interesses individuais[23]. Essa divisão jamais significou quebra da unidade sistemática do Direito, tampouco a criação de dois domínios apartados e incomunicáveis. Formulada há muitos séculos, tem resistido às alterações profundas vividas pelo Estado, pela sociedade e pelo próprio Direito. Convém revisitar brevemente o tema, como antecedente para a discussão teórica que tem mobilizado mais intensamente o pensamento jurídico na quadra atual, referente às superposições entre espaço público e espaço privado.

A demarcação conceituai entre direito público e direito privado é mais típica dos sistemas fundados na tradição romano-germânica do que no common law1*. E, sem embargo das resistências ideológicas, dificuldades teóricas e críticas diversas, tem base científica sustentável e é de utilidade didática. É possível

21 Hans Kelsen, Teoria pura do direito, 1979, p. 269: "Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa".

22 Sobre a estrutura escalonada da ordem jurídica, na qual as normas hierarquicamente superiores subordinam e conferem fundamento de validade às inferiores, v. Hans Kelsen, Teoria geral do Direito e do Estado, 2000, p. 181 e s„ e Teoria pura do Direito, 1979, p. 309 e s.

23 Digesto, Livro I, Tít. I, § 2-. Ulpiano: "Ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem". E também nas Institutas, de Justiniano, Livro I, Tít. I ("Da Justiça e do Direito"), § 4a: "O estudo do direito é dividido em dois ramos,

público e privado. Direito público é o que diz respeito ao governo do Império Romano; direito privado o que concerne aos interesses individuais".

24 V. Aeyal M. Gross, Globalization, human rights, and American public law scholarship - a comment on Robert Post, Theoretical Inquiries in Law, 2001, v. 337, p. 2: "American law, fol- lowing the legacy of legal realism and unlike civil law jurisdictions, does not tend to make a clear distinction between public and private law".

formular a distinção levando em conta, fundamentalmente, três fatores verificáveis na relação jurídica: (i) os sujeitos; (ii) o objeto; (iii) a sua natureza. Nenhum deles é suficiente em si, exigindo complementação recíproca.

Tomando como critério os sujeitos da relação jurídica, tem-se que, caso ela se estabeleça entre particulares - indivíduos ou pessoas jurídicas de direito privado -, será naturalmente regida pelo direito privado. Vejam-se estes exemplos: (i) dois indivíduos firmam um contrato de compra e venda de um imóvel; (ii) uma pessoa física e uma empresa financeira celebram um contrato de mútuo, que é uma modalidade de empréstimo. Ambas as hipóteses situam-se no âmbito do direito privado. Se, todavia, em um ou em ambos os polos da relação figurar o Estado ou qualquer outra pessoa jurídica de direito público[25], estar-se-á, como regra, diante de uma relação jurídica de direito público. Confiram-se estes outros exemplos: (i) o Estado desapropria imóvel de um particular para a construção de uma escola, propondo a ação judicial própria; (ii) o Estado institui um empréstimo compulsório, que é uma espécie de tributo, mediante lei regularmente aprovada; (iii) a União e um Município firmam convênio para a prestação de um serviço específico na área de saúde. Estas são tipicamente situações regidas pelo direito público.

No tocante ao objeto ou conteúdo da relação jurídica, deve-se levar em conta o interesse preponderante tutelado pela norma. Se ela visar, predominantemente, à proteção do bem coletivo, do interesse social, estará no âmbito do direito público. Quando o Estado, nos exemplos dados, desapropria um imóvel ou institui um tributo, atua para satisfazer o interesse público. Ao contrário, encontra-se no domínio do direito privado a disciplina das situações nas quais avulta o interesse particular, individual. Tal será o caso da aquisição de um imóvel para construção de uma residência ou para sede de uma empresa comercial, bem como a obtenção de empréstimo junto a instituição financeira para custear a construção.

Por fim, há a questão da natureza jurídica da relação ou, mais propriamente, da posição dos sujeitos em interação. O Estado, como regra, atua no exercício de seu poder soberano, de seu imperium, estabelecendo uma relação de subordinação jurídica com o particular. O proprietário de um imóvel desapropriado ou o sujeito passivo de um tributo sujeitam-se a tais imposições independentemente de sua vontade (desde que elas sejam constitucionais e legais).

25 Salvo onde assinalado, o termo "Estado" é empregado como

gênero, compreendendo todas as entidades estatais contempladas no direito constitucional brasileiro, a saber: União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Têm, igualmente, personalidade jurídica de direito público as autarquias e as fundações públicas. As sociedades de economia mista e as empresas públicas, embora controladas pelo Poder Público, são pessoas jurídicas de direito privado.

Este é um traço comum das relações de direito público[26]. Já no direito privado, a regra é a igualdade jurídica entre as partes, sendo que as normas jurídicas desempenham um papel de coordenação. Se o proprietário de um bem não desejar vendê-lo ao pretendente à sua compra, ou se a instituição financeira recusar crédito a quem solicitou empréstimo, a relação jurídica simplesmente não se estabelece. No direito privado, como regra, exige-se consenso, sem que uma vontade possa impor-se à outra[27].

Numa visão esquemática, a distinção direito público e direito privado pode ser assim representada[28]:

1) Quanto aos sujeitos da relação jurídica:

a) se forem ambos particulares - indivíduos e sociedades civis ou comerciais: direito privado;

b) se um ou ambos forem o Estado ou outra pessoa jurídica de direito público: direito público.

2) Quanto ao objeto da relação jurídica:

a) se o interesse predominante for individual, particular: direito privado;

b) se o interesse predominante for de natureza geral, da sociedade como um todo: direito público.

3) Quanto à natureza da relação jurídica:

a) se a posição dos sujeitos se articular em termos de igualdade jurídica e coordenação: direito privado;

26 Mas não invariavelmente presente. São de direito público determinadas relações de coordenação, como as que se estabelecem entre os Poderes do Estado ou entre diferentes entidades estatais, como a União e os Estados-membros ou entre estes e os Municípios. Nesses casos, a eventual prevalência da manifestação de um Poder ou de um ente federativo não decorre de uma relação de subordinação jurídica genérica, mas sim da divisão de atribuições estabelecida pela Constituição.

27 Excepcionalmente, o próprio Estado poderá ser parte de relações privadas, nas quais não age investido de supremacia jurídica. Será o caso, por exemplo, da aquisição de um veículo em uma concessionária, para integrar a frota oficial. Mesmo assim, embora a relação seja de direito privado, internamente o Estado se regerá por normas de direito público relativamente, por exemplo, à competência do agente, aos procedimentos orçamentários, à prestação de contas etc.

28 São classicamente considerados ramos do direito público: o direito constitucional, o direito administrativo, o direito financeiro

e tributário, o direito processual e o direito penal. Há quem faça menção ao direito urbanístico, que, todavia, não tem autonomia científica plenamente reconhecida, assim como o direito previdenciário e o direito ambiental. No plano externo, há ainda o direito internacional público. No direito privado estão o direito civil, o direito comercial e o direito do trabalho. Este último constituiria, segundo alguns autores, um terceiro gênero: o direito social, tese que não se consolidou inteiramente. O denominado direito internacional privado é vítima de uma impropriedade terminológica: desempenha, na verdade, uma função pública, que é a de determinar a lei aplicável nos casos em que há conflitos entre leis originárias de ordenamentos diversos.

b) se a posição dos sujeitos se articular em termos de superioridade jurídica e subordinação: direito público.

2 Regime jurídico de direito público e de direito privado

O fato de que o Estado, por vezes, não atua investido de superioridade jurídica constitui uma hipótese particular, que não compromete os fundamentos da diferenciação. Da mesma forma, a circunstância de que o Direito é normalmente público na sua origem - porque emanado do Estado[29] - e visa, em última análise, ao bem-estar de cada pessoa individualmente considerada, identifica peculiaridades da ciência jurídica, sem infirmar a validade e utilidade da classificação em público e privado[30]. Por fim, a crítica ideológica, marxista[31] ou não[32], ainda quando fundada em argumentos procedentes, questiona mais

29 Não se fará aqui o desvio para a discussão da questão da necessária estatalidade do Direito e das possibilidades de sua criação a partir de outras fontes. Cabe, contudo, breve menção à circunstância de que o próprio Judiciário já tem reconhecido normas jurídicas cuja origem não é estatal. No Brasil, foi o caso, por exemplo, do direito de superfície, originaria- mente engendrado por práticas que tinham lugar em comunidades informais, como as favelas cariocas. V. Boaventura de Souza Santos, 0 discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica, 1988.

30 A esse propósito, v. Afonso Arinos de Melo Franco, Curso de direito constitucional brasileiro, 1968, v. 1, p. 20: "Mesmo para o jurista a distinção é irrelevante, se ele se colocar na observação da gênese do Direito, porque provindo sempre, para ele, o direito do Estado, pouca diferença faz que se trate de Direito privado ou público, uma vez que, geneticamente, todo o Direito é estatal e, por isto, público. Por outro lado, (...) o Estado, como qualquer outra instituição social, e até a própria sociedade, existem, em última análise, para tornar possível o convívio humano e, por conseguinte, para atender (...) os interesses dos indivíduos. Assim considerado, todo o Direito seria privado".

31 V. Michel Miaille, Introdução crítica ao Direito, 1989, p. 159-160: "A distinção entre direito público e direito privado não é, pois, 'natural': não é lógica em si, traduz uma certa racionalidade, a do Estado burguês. A classificação (...) está ligada à história de uma sociedade que

conheceu gradualmente a dominação do modo de produção capitalista. (...) A separação entre direito público e direito privado é exterior ao indivíduo: ela separa-o em dois elementos distintos e mesmo opostos. O homem como indivíduo burguês e privado e o homem como cidadão do Estado não é afinal senão outra formulação da distinção entre direito privado e direito público".

32 Hans Kelsen, Teoria pura do Direito, 1979, p. 382: "A absolutização do contraste entre Direito público e privado cria também a impressão de que só o domínio do Direito público, ou seja, sobretudo, o Direito constitucional e administrativo, seria o sector de dominação política e que esta estaria excluída no domínio do Direito privado. (...) Por meio da distinção de princípio entre uma esfera pública, ou seja, política, e uma esfera privada, quer dizer, apolítica, pretende evitar-se o reconhecimento de que o Direito 'privado' (em cujo centro se encontra a instituição da chamada propriedade privada), criado pela via jurídica negociai do contrato, não é menos palco de actuação da dominação política do que o Direito público, criado pela legislação e pela administração".

o papel do próprio Direito do que a cisão entre público e privado, cuja existência não é posta em discussão. Na verdade, é fora de dúvida que na vida das pessoas e na prática das instituições existe, claramente, um regime jurídico de direito público e outro de direito privado.

No regime jurídico de direito privado, vigoram princípios como os da livre iniciativa e da autonomia da vontade. As pessoas podem desenvolver qualquer atividade ou adotar qualquer linha de conduta que não lhes seja vedada pela ordem jurídica. O particular tem liberdade de contratar, pautando-se por preferências pessoais. A propriedade privada investe seu titular no poder de usar, fruir e dispor do bem. As relações jurídicas dependem do consenso entre as partes. E a responsabilidade civil, como regra, é subjetiva[33]. Violado um direito na esfera privada, seu titular tem a faculdade de defendê-lo, e para tanto deverá ir a juízo requerer a atuação do Estado no desempenho de sua função jurisdicional.

Já o regime jurídico de direito público funda-se na soberania estatal, no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público[34]. A autoridade pública só pode adotar, legitimamente, as condutas determinadas ou autorizadas pela ordem jurídica. Os bens públicos são, em linha de princípio, indisponíveis e, por essa razão, inalienáveis. A atuação do Estado na prática de atos de Império independe da concordância do administrado, que apenas suportará as suas conseqüências, como ocorre na desapropriação[35]. Os entes públicos, como regra, somente poderão firmar contratos mediante licitação e admitir pessoal

33 Responsabilidade civil é o dever de reparar o dano causado a outrem. A responsabilidade subjetiva consiste em que o causador do dano somente responderá se tiver agido com culpa. Na dicção expressa do art. 159 do Código Civil: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica

obrigado a reparar o dano".

34 Como se verá mais adiante, o princípio da legalidade vem se transmudando em um princípio mais abrangente, referido como princípio da constitucionalidade ou, mais propriamente ainda, da juridicidade (v. infra, Parte II, cap. IV). V. Paulo Otero, Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, 2003, p. 15. Da mesma forma, o princípio da supremacia do interesse público encontra-se em uma fase de reavaliação crítica e redefinição (v. infra, nesse mesmo capítulo, tópico V).

35 O administrado, naturalmente, tem o direito a um devido processo legal, que, no caso da desapropriação, compreende o pagamento de indenização justa, prévia e em dinheiro (CF, art. 5[2], XXIV). Mas à decisão de desapropriar, em si, ele não poderá opor-se, salvo se for hipótese de desvio de finalidade. A jurisprudência nesse sentido é pacífica: o Judiciário não pode aferir da conveniência e oportunidade da desapropriação. Mas constatando que foi feita por sentimento pessoal, e não por interesse público, pode anulá-la por desvio de finalidade (e.g., STJ, Revista de Direito Administrativo, 179-80:181, 1990, REsp 1.225/ES, Rei. Min. Geraldo Sobral).

mediante concurso público. E a responsabilidade civil do Estado é objetiva[56]. Violada uma norma de direito público, o Estado tem o poder-dever - não a faculdade - de restabelecer a ordem jurídica vulnerada. Além disso, normalmente os atos do Poder Público são autoexecutáveis, independendo de intervenção judicial[37]. Os atos públicos sujeitam-se a controles específicos, tanto por parte do próprio Poder[38] que o praticou como dos demais[39].

III A EXPANSÃO DO DIREITO PÚBLICO E DA CONSTITUIÇÃO SOBRE O DIREITO PRIVADO[40]

O direito privado, especialmente o direito civil, atravessou os tempos sob o signo da livre iniciativa e da autonomia da vontade. As doutrinas individua

36 Objetiva é a responsabilidade que independe de culpa, bastando que exista a conduta do agente, o dano e o nexo de causalidade entre uma e outro. A responsabilidade objetiva é extraída do art. 37, § 6-, da Constituição, onde se prevê: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

37 A autoexecutoriedade não se aplica aos atos de intervenção na liberdade e no direito de propriedade das pessoas. A decretação da prisão de um indivíduo, a desapropriação de um bem ou a cobrança coativa de um tributo são providências que dependem da intervenção do Poder Judiciário.

38 Dois enunciados da Súmula da jurisprudência

predominante do STF informam o autocon- trole ou a autotutela por parte da Administração Pública: "346 - A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos"; e "473 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial". Sobre o tema, v. Patrícia Baptista, Os limites constitucionais à tutela administrativa, in Luís Roberto Barroso (org.), A reconstrução democrática do direito público no Brasil, 2007.

39 Além do controle interno referido na nota anterior, há controles externos, como o exercido pelos Tribunais de Contas sobre o emprego de verbas públicas pelos três Poderes (CF, arts. 70 e s.). Existem, ademais, ações judiciais específicas para impugnar atos emanados do Poder Público, por exemplo, o mandado de segurança e a ação popular (CF, art. 5º LXIX e LXXIII).

40 Hans Kelsen, Teoria pura do Direito, 1979; Miguel Reale, Lições preliminares de Direito, 1999; Léon Duguit, Traité de droit constitutionnel, 1927; Hermes Lima, Introdução à ciência do Direito, 2000; Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, 1997, v. 1; Ricardo Lobo Torres, O espaço público e os intérpretes da Constituição, Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 50:92, 1977; Gustavo Tepedino, Temas de direito civil, 1999; Maria Helena Diniz, Compêndio de introdução à ciência do Direito, 1993; Francisco Amaral, Direito civil, 2000; Michel Miaille, Introdução crítica ao direito, 1989; Richard S. Kay, The state action doctrine, the public-private distinction, and the independence of constitutional law, Constitutional Commenta- ry, v. 10, 1993; Harold L. Levinson, The public law/private law distinction in the courts, George Washington Law Review, v. 57, 1989; Aeyal M. Gross, Globalization, human rights, and american

lista e voluntarista, consagradas pelo Código Napoleônico (1804) e incorporadas pelas codificações do século XIX, repercutiram sobre o Código Civil brasileiro de 1916[41]. A liberdade de contratar e o direito de propriedade fundiam-se para formar o centro de gravidade do sistema privado. Ao longo do século XX, todavia, esse quadro se alterou. A progressiva superação do liberalismo puro pelo intervencionismo estatal trouxe para o domínio do direito privado diversos princípios limitadores da liberdade individual e do primado da vontade, denominados princípios de ordem pública*[2]. Em domínios como o direito de família - em que, desde sempre, vigoraram limitações decorrentes da religião e da moral -, de propriedade e do trabalho ainda subsiste a influência decisiva da vontade e do consenso na formação das relações jurídicas, mas seus efeitos são comumente determinados pela lei, e não pelas partes[43]. A proliferação de normas cogentes, indisponíveis pelos contratantes, assinala a denominada publicização do direito privado.

Já mais próximo da virada do século, esse processo se

aprofunda, dando lugar a um novo desenvolvimento dogmático, referido pela doutrina como constitucionalização do direito civil**. Na primeira parte do século, afirmava-se que

fmblic law - a comment on Robert Post, Theoretical Inquiries in Law, v. 2, 2001; Jean-Bernard Auby e Mark Freedland (org.), La distinction du droit public e du droit prevê: regards français et britanique - the public law/private law divide: une entente assez cordiale?, 2004.

41 V. Gustavo Tepedino, Temas de direito civil, 1999, p. 2.

42 Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, 1997,v. l,p. 13-14: "(Os princípios de ordem pública) não chegam a constituir direito público, por faltar a participação estatal direta na relação criada, que se estabelece toda entre particulares. São, pois, princípios de direito privado. Mas, tendo em vista a natureza especial da tutela jurídica e a finalidade social do interesse em jogo, compõem uma categoria de princípios que regem relações entre particulares, a que o Estado dá maior relevo em razão do interesse público em jogo. São, pois, princípios de direito privado que atuam na tutela do bem coletivo, (...) inderrogáveis pela vontade das partes, e cujos efeitos são insuscetíveis de renúncia".

43 Alguns exemplos. O casamento tem, como se sabe, natureza consensual - sua celebração depende da vontade das partes -, mas os deveres do casamento não são por elas determinados, decorrendo cogentemente da lei. Não é possível um pacto dispensando formalmente os cônjuges do dever de fidelidade ou da assistência aos filhos. O contrato de trabalho, do mesmo modo, é fruto de um acordo de vontades entre o empregador e o empregado, mas regras como salário mínimo, jornada máxima, fundo de garantia não podem ser afastadas por deliberação dos contratantes.

44 V. infra, Parte II, capítulo V, Item IV. 1, com ampla referência bibliográfica sobre a constitucionalização do direito civil. Adiantam-se, desde logo, alguns autores e obras: Pietro Perlin- gieri, Perfis de direito civil, 1997. Na literatura nacional, vejam-se: Gustavo Tepedino, Temas de direito civil, 1999, cujas idéias estão presentes neste parágrafo e no seguinte; Maria Celina Bodin de Moraes, A caminho de um direito civil constitucional, Revista de Direito Civil, 65:23, 1993; e Luiz Edson Fachin (coord.), Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo, 1998.

o Código Civil era a Constituição do direito privado[45]. De fato, a divisão era clara: de um lado, o direito privado, no qual os protagonistas eram o contratante e o proprietário, e a questão central, a autonomia da vontade; de outro, o direito público, em que os atores eram o Estado e o cidadão, e a questão central, o exercício do poder e os limites decorrentes dos direitos individuais. Ao longo do século, todavia, as novas demandas da sociedade tecnológica e a crescente consciência social em relação aos direitos fundamentais promoveram a superposição entre o público e o privado. No curso desse movimento, opera-se a despatrimonialização[46] do

direito civil, ao qual se incorporam fenômenos como

0 dirigismo contratual e a relativização do direito de propriedade.

No quarto final do século, o Código Civil perde definitivamente o seu papel central no âmbito do próprio setor privado, cedendo passo para a crescente influência da Constituição. No caso brasileiro específico, a Carta de 1988 contém normas acerca da família[47], da criança e adolescente[48], da proteção do consumidor[49], da função social da propriedade[50]. Além disso, os princípios constitucionais passam a condicionar a própria leitura e interpretação dos institutos de direito privado. A dignidade da pessoa humana assume sua dimensão transcendental e normativa. A Constituição já não é apenas o documento maior do direito público, mas o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e confe- rindo-lhe unidade. O tema será objeto de aprofundamento mais adiante.

IV ESPAÇO PÚBLICO E ESPAÇO PRIVADO. EVOLUÇÃO DA DICOTOMIA. UM DRAMA BRASILEIRO[51]

1 Origens da distinção

O debate jurídico e filosófico da atualidade deslocou-se da diferenciação formal entre direito público e direito privado para uma discussão mais ampla,

45 V. Michele Giorgianni, II diritto privato ed i suoi atuali confmi, 1961, na tradução de Maria Cristina De Cicco, O direito privado e os seus atuais confins, Revista dos Tribunais, 747:35, 1998.

46 V. Pietro Perlingieri, Perfis do direito civil, 1997, p. 33.

47 E.g.: Art. 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 6- O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos".

48 E.g.: Art. 227, § 4ª: "A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente".

49 E.g.\ Art. 5², XXXII: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

50 E.g.: Art. 5², XXIII: "a propriedade atenderá a sua função social".

51 Hannah Arendt, The human condition, 1989; Norberto Bobbio, Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política, 1987; Max Weber, Economy and society, 1978; Raymundo Faoro, Os donos do poder, 1979; Marilena Chauí, Público, privado e despotismo, in Adauto

complexa e sutil acerca das esferas pública e privada na vida dos povos e das instituições. A percepção da existência de um espaço privado e de um espaço público na vida do homem e da sociedade remonta à Antigüidade, no mínimo ao advento da pólis grega. Aristóteles já afirmava

a diferença de natureza entre a cidade, esfera pública, e a família, esfera privada[52]. A demarcação desses dois domínios tem variado desde então, no tempo e no espaço, com momentos de quase desaparecimento do espaço público e outros em que sua expansão opressiva praticamente suprimiu valores tradicionais da vida privada. As constituições modernas influenciam e sofrem a influência dessa dicotomia, que guarda, no entanto, algumas dimensões metajurídicas, isto é, fora do alcance do Direito. O tema merece uma reflexão interdisciplinar.

A vida humana tem início e se desenvolve em sua primeira fase dentro de um espaço estritamente privado[55]. Mesmo após tomar consciência de si mesmo, do outro e do mundo à sua volta, todo indivíduo conserva, pela vida afora, sua intimidade personalíssima: seus valores, sentimentos, desejos e frustrações. Este é um espaço inacessível da vida das pessoas e, normalmente, será indiferente ao Direito. Nele reina a psicologia, a psicanálise, a filosofia, a religião. Saindo de dentro de si, o homem conserva, ainda, um domínio reservado, o da sua privacidade ou vida privada: ali se estabelecem as relações de família (e outras, de afeto e de amizade), protegidas do mundo exterior pelo lar, pela casa, pelo domicílio. O Direito, é certo, já interfere nessas relações, mas com o intuito de fortalecê-las e preservá-las. A intimidade e a vida privada formam o núcleo do espaço privado.

Novaes (org.), Ética, 1992; John Rickman (editor), A general selection from the works ofSigmund Freud, 1989; Ricardo Lobo Torres, A idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal, 1991; Michel Miaille, Introdução crítica ao Direito, 1989; Nelson Saldanha, 0 jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica, 1986; Ricardo Lobo Torres, O espaço público e os intérpretes da Constituição, RDPGERJ, 50:92, 1997; Maria Rita Kehl, A mínima diferença, 1996; Jürgen Habermas, The public sphere, in Robert E. Goodin and Philip Pettit (ed.), Contemporary politicalphilosophy, 2006, p. 103 e s.

52 Aristóteles, Política, obra escrita em 350 a.C. Há uma versão em inglês acessível na internet no sítio <http://classics.mit.edu/AristotIe/politics.html>. V., sobre o ponto, Marilena Chauí, Público, privado e despotismo, in Adauto Novaes (org.), Ética, 1992, p. 358.

53 A condição humana, desde o nascimento e por muitos anos, é precária, individualista e autocentrada. Volta-se apenas para a realização de seus próprios instintos e desejos. Freud,

em 0 mal-estar na civilização (1929-1930), reafirma que o sentido da vida é a busca do prazer. Textualmente: "Quem fixa os objetivos da vida é simplesmente o Princípio do Prazer, que rege as operações do aparelho psíquico desde a sua origem". Comentando o tema, escreveu Maria

Rita Kehl (A mulher e a lei, in Adauto Novaes (org.), Ética, 1992, p. 262): "A civilização surge da necessidade de se imporem restrições à sofreguidão do Princípio do Prazer, no mínimo para que ele não destrua

seus próprios objetos (...) A subjugação dos poderes individuais da força bruta pelo poder coletivo, simbolizado na forma da lei, é um passo importante na construção das civilizações".

Ainda em território privado, mas já na direção do espaço público, o homem amplia suas relações sociais, integrando uma comunidade, ingressando em associações formais e informais, adquirindo bens, celebrando contratos. E por fim, na linha de fronteira entre o público e o privado, situa-se uma categoria jurídica desenvolvida nas últimas décadas: a dos interesses coletivos. Sob esse rótulo genérico desvelam-se os bens materiais e imateriais compartilhados por toda a sociedade ou por amplas parcelas nela integradas, como os bens de valor histórico, artístico e paisagístico; o meio ambiente; a segurança dos produtos de consumo de massa; a preservação da cultura nacional, em meio a muitos outros. As relações sociais e os interesses coletivos situam-se no espaço entre a vida exclusivamente privada e a vida pública.

O espaço público, por sua vez, é fruto da transição da sociedade civil para a sociedade política, da conversão do indivíduo em cidadão. Este é o domínio da opinião pública, dos meios de comunicação, do debate, dos processos informais e formais de deliberação e de participação política. Como assinalado, o marco histórico - talvez simbólico - de sua existência costuma ser identificado na experiência com a cidade-Estado grega, notadamente Atenas. A partir de então, todo cidadão passa a pertencer a duas ordens de existência: além de sua vida particular, privada, toma parte também na vida política, com o estabelecimento da distinção entre o que é seu próprio e o que diz respeito a todos[54]. O jardim e a praça, em uma imagem poética[55]. O espaço privado, pela tradição e pela lei, era o espaço do arbítrio: do marido, do pai, do senhor[56]. Foi na esfera pública que se iniciou a aventura humana em busca da liberdade, o embate inacabado entre o despotismo e a civilização.

Mais recentemente, aguçou-se a percepção de que o público não se confunde com o estatal. Tal constatação se manifesta em planos diversos[57]. No

54 Werner Jaeger, Paideia: a formação do homem grego, 1995, p. 106 e s.; Hannah Arendt, The human condition, 1989, p. 24.

55 Nelson Saldanha, O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica, 1986, p. 12: "A idéia de jardim nos evoca a imagem de uma parte da casa particular. Enquanto isso a idéia de praça nos indica o espaço público, o espaço político, econômico, religioso ou militar. (...) Esta distinção essencial entre a vida consigo mesmo, e com a família ou com pessoas mais ligadas, e a vida com 'todos' e com 'os outros' em sentido amplo".

56 Marilena Chauí, Público, privado e despotismo, in Adauto Novaes (org.), Ética, 1992, p. 357 (texto ligeiramente editado): "O déspota é uma figura da sociedade e da política gregas; é o chefe da

família, entendendo-se por família e casa três relações fundamentais: a do senhor e o escravo, a do marido e a mulher, e a do pai e os filhos. A principal característica do déspota encontra-se no fato de ser ele o autor único e exclusivo das normas e das regras que definem a vida familiar, isto é, o espaço privado. Seu poder, escreve Aristóteles, é arbitrário, pois decorre exclusivamente de sua vontade, de seu prazer e de suas necessidades".

57 Por exemplo: é corriqueira, nos dias que correm, a prestação de serviços públicos por empresas privadas em áreas como transporte, energia e telecomunicações. Foi nesse ambiente,

domínio político, a democracia contemporânea assumiu uma feição deliberativa, em que as decisões dos órgãos estatais são freqüentemente produzidas em um ambiente de audiências e debates públicos, que incluem manifestações de diferentes segmentos sociais e ampla utilização dos meios de comunicação de massa. O jogo democrático já não é jogado apenas em uma data fixa - a dos pleitos eleitorais nem se limita à formação de uma vontade majoritária que reinará absoluta por prazo certo. Ao contrário, a legitimidade do poder depende da participação social permanente, produzindo uma esfera pública informal, na qual governantes e governados estabelecem um diálogo permanente acerca da condução dos negócios públicos. Assim, à organização dicotômica clássica "público-privado", agrega-se um novo e importante elemento: a esfera pública não estatal[58].

Em síntese: o espaço estritamente privado compreende o indivíduo consigo próprio, abrigado em sua consciência (intimidade) ou com sua família, protegido por seu domicílio (privacidade). O espaço privado, mas não reservado, é o do indivíduo em relação com a sociedade, na busca da realização de seus interesses privados, individuais e coletivos. E, por fim, o espaço público é o da relação dos indivíduos com o Estado, com o poder político, mediante o controle crítico, a deliberação pública e a participação política.

2 O desaparecimento do espaço público: Império Romano e sistema feudal

A Ágora, praça do mercado, centro espacial e social da pólis, atravessou os séculos como símbolo da presença dos cidadãos na ação política, a imagem do espaço público. Com a derrota dos gregos para a Macedônia, no fim do século IV a.C., desfez-se a democracia grega[59]. A idéia de poder limitado e da existên

aliás, que se desenvolveu a figura das agências reguladoras. V., por todos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Direito regulatório, 2003.

58 Sobre o ponto, v. Jürgen Habermas, Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público, Novos Estudos CEBRAP, 26, 1990, p. 110: "As associações livres constituem os entrelaçamentos de uma rede de comunicação que surge do entroncamento de espaços públicos autônomos. Tais associações são especializadas na

geração e programação de convicções práticas, ou seja, em descobrir temas de relevância para o conjunto da sociedade, em contribuir com possíveis soluções para os problemas, em interpretar valores, produzir bons fundamentos, desqualificar outros". V. tb. Seyla Benhabib, Models of public space: Hannah Arendt, the liberal tradition, and Jürgen Habermas, in Craig Calhoun (org.), Habermas and the public sphere, 1992; e Nancy Fraser, Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy, in Craig Calhoun (org.), Habermas and the public sphere, Cambridge, 1992.

59 Nelson Saldanha, O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica, 1986, p. 20.

cia de um espaço de participação e deliberação política foi continuada por Roma, até o colapso da República e a consagração do Império Romano, às vésperas do início da era cristã. O despotismo se impôs a partir de então, com suas características inafastáveis: vontade arbitrária do governante, medo dos governados e apropriação privada do que é comum ou público[60]. A res publica deixa de ser propriedade dos romanos para tornar-se patrimônio do Imperador. Junto com o ideal constitucionalista de controle do poder, liberdade e participação, o espaço público desaparece da Europa e do mundo que gravitava à sua volta.

Com a queda do Império Romano, em 476, o poder se dispersa espacial e politicamente entre os proprietários de terras, o rei e seus duques, condes e barões. As relações sociais deixam de ser regidas por um Direito único, centralizado, ficando sujeitas aos particularismos locais, aos contratos e ao poder privado. Aliás, traço típico das sociedades feudais era, precisamente, a inexistência de fronteiras entre o público e o privado, com o absoluto predomínio das estruturas privadas. O senhor é simultaneamente o dominus, o dono da terra, e o titular do imperium, da autoridade máxima sobre aqueles que vivem em seus domínios. Forma-se uma rede de proteção (obrigação privada do senhor para com o súdito) e vassalagem (obrigação privada do súdito para com o senhor). A única instituição verdadeiramente pública ao longo desse período - que vai da queda do Império até o final da Idade Média - é a Igreja Católica (v. supra), cuja significação para o indivíduo era maior do que a da sociedade política na qual ele se integrava[61].

B A reinvenção do público: do Estado patrimonial ao Estado liberal

Ao final da Idade Média começa a se formar o modelo institucional que resultaria no Estado moderno, unificado e soberano. O conhecimento conven

60 Marilena Chauí, Público, privado e despotismo, in Adauto Novaes (org.), Ética, 1992, p. 357-360. A autora procura extremar a idéia de despotismo - que é a apropriação do poder, por usurpação, e seu exercício sobre o pressuposto privado da autoridade absoluta - da de ditadura e tirania, de acordo com a origem de cada uma. O ditador "é uma

figura criada pela República romana": um homem ilustre, membro do patriciado, chamado pelo Senado, em momento de convulsão, para resolver um problema específico, por um tempo determinado. O tirano, por seu turno, "é uma figura política grega": homem de excepcionais virtudes, convocado pelo povo em um momento de crise - guerra, disputa de facções - para exercer um governo consentido, embora possa suspender as leis antigas e impor novas.

61 Michel Miaille, Introdução crítica ao Direito, 1989, p. 158; Hannah Arendt, The human con- dition, 1989; Paul Johnson, História do cristianismo, 2001, p. 166 e s.; Marilena Chauí, Público, privado e despotismo, in Adauto Novaes (org.), Ética, 1992, p. 367; Nelson Saldanha, O jardim e a praça: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica, 1986, p. 18.

cional costuma associar o surgimento dessa nova forma política ao absolutismo, mas diversos autores chamam a atenção para uma fase intermediária - o Estado patrimonial[62] que, em alguns países, teria sucedido o feudalismo, na virada do século XVI, e antecedido a centralização total do poder. Nessa fórmula, também referida como Estado corporativo, de ordens ou estamental, ainda se confundem amplamente o público e o privado, o imperium (poder político) e o dominium (direitos decorrentes da propriedade), a fazenda do príncipe e a fazenda pública. O poder, inclusive o poder fiscal (relativo à arrecadação de receitas e realização de despesas), é compartilhado pelos estamentos dominantes - o príncipe ou rei, a Igreja e os senhores de terras -, recaindo unicamente sobre os pobres, uma vez que os ricos, i.e., a nobreza e o clero, gozavam de imuni- dades e privilégios[63]. O Estado absolutista e o Estado de polícia[64] sucedem o Estado patrimonial. Neles se centraliza o poder do monarca, desaparecendo a fiscalidade periférica da Igreja e do senhorio. Finalmente, com o aprofundamento dos ideais iluministas e racionalistas, retoma-se a distinção entre público e privado, entre patrimônio do príncipe e do Estado, separação que irá consumar-se com o advento do Estado liberal.

A luta pela liberdade, a ampliação da participação política, a consagração econômica da livre iniciativa, o surgimento da opinião pública, dentre outros fatores, fizeram do modelo liberal o cenário adequado para o renascimento do .espaço público, sem comprometimento do espaço privado. De forma esquemá- tica, a Constituição, de um lado, e o Código Civil Napoleônico, de outro, expressaram esse ideal de equilíbrio entre os espaços público e privado. Configurou-se a dualidade Estado/sociedade civil[65], sob cujo rótulo genérico se abrigaram a distinção entre as relações de poder, as relações individuais e os mecanismos de proteção dos indivíduos em face do Estado. No plano financeiro, surge o Estado fiscal. Além de deter o monopólio do uso legítimo da força, o

62 Pierangelo Schiera, Sociedade por categoria, in Bobbio,

Matteucci e Pasquino (coord.), Dicionário de política, 1986, p. 1213; Max Weber, Economy and society, 1978, v. 2, p. 1013 e s.

63 Ricardo Lobo Torres, A idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal, 1991, p. 13 e s. Muitas das idéias brevemente expostas neste parágrafo e nos dois que se lhe seguem foram extraídas do livro citado ou resultam de debates com o autor.

64 Sobre o Estado de polícia como uma manifestação particular do Estado absolutista, já influenciada pelos arautos do iluminismo, v. J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 91.

65 A expressão sociedade civil, para identificar o conjunto de relações sociais externas às relações de poder e, portanto, fora do espaço público ou político, deve seu emprego a autores como Hegel e depois Marx. Sobre o tema, v. Norberto Bobbio, Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política, 1987, p. 33 e s., onde se lê: "Por 'sociedade civil' entende-se a esfera das relações sociais não reguladas pelo Estado, entendido restritivamente e quase sempre também polemicamente como o conjunto dos aparatos que num sistema social organizado exercem o poder coativo".

Estado passa a ser o único titular do poder de tributar. O tributo passa a ser receita estritamente pública, derivada do trabalho e do patrimônio dos contribuintes, retirando o caráter privatístico das relações fiscais, antes representadas por ingressos originários do patrimônio do príncipe. Torna-se, assim, o tributo, paradoxalmente, o símbolo representativo da liberdade individual, embora seja também dotado do poder de destruí-la[66].

4 A volta do pêndulo: do Estado social ao neoliberalismo

Ao longo do século XIX, o liberalismo e o constitucionalismo se difundem e se consolidam na Europa. Já no século XX, no entanto, sobretudo a partir da Primeira Guerra, o Estado ocidental torna-se progressivamente intervencionis- ta, sendo rebatizado de Estado social[67]. Dele já não se espera apenas que se abstenha de interferir na esfera individual e privada das pessoas. Ao contrário, o Estado, ao menos idealmente, torna-se instrumento da sociedade para combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população[68]. Como natural e previsível, o Estado social rompeu o equilíbrio que o modelo liberal estabelecera entre público e privado. De fato, com ele se ampliou significativamente o espaço público, tomado pela atividade econômica do Estado e pela intensificação de sua atuação legislativa e regulamentar, bem como pelo planejamento e fomento a segmentos considerados estratégicos.

66 V. Ricardo Lobo Torres, A idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal, 1991, p. 97-98, onde averbou: "O Estado fiscal, por conseguinte, abriu-se para a publicidade e dilargou as fronteiras da liberdade humana, permitindo o desenvolvimento das iniciativas

individuais e o crescimento do comércio, da indústria e dos serviços. Constituindo o preço dessas liberdades, por incidir sobre as vantagens auferidas pelo cidadão com base na livre iniciativa, o tributo necessitava de sua limitação em nome dessa mesma liberdade e da preservação da propriedade privada, o que se fez pelo constitucionalismo e pelas declarações de direitos, antecipados ou complementados pelas novas diretrizes do pensamento ético e jurídico".

67 Surge o constitucionalismo social, consagrador de normas de proteção ao trabalhador, emblematicamente representado pelas Constituição mexicana, de 1917, e pela Constituição alemã de Weimar, de 1919. Nos Estados Unidos, essa modificação do papel do Estado veio com o New Deal, conjunto de políticas públicas intervencionistas e de proteção dos direitos sociais, implementado pelo Presidente Roosevelt ao longo da década de 30. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a dedicar um capítulo à ordem econômica e social.

68 Outro fator que impulsionou a redefinição do Estado ocidental foi a implantação, na União Soviética, do primeiro Estado de base filosófica marxista e modelo econômico socialista. Até quase a última década do século, esse modelo alternativo se irradiou por um terço da humanidade, cooptando corações e mentes nos dois hemisférios e dando lugar a uma disputa de espionagem, propaganda e busca de influência conhecida como Guerra Fria. O colapso do mundo socialista, a partir do final da década de 80, levou ao maior descompromisso social das economias capitalistas.

Esse estado da busca do bem-estar social, o welfare state, chegou ao final do século amplamente questionado na sua eficiência, tanto para gerar e distribuir riquezas como para prestar serviços públicos. A partir do início da década de 80, em diversos países ocidentais, o discurso passou a ser o da volta ao modelo liberal, o Estado mínimo, o neoliberalismo[69]. Dentre seus dogmas, que com maior ou menor intensidade correram mundo, estão a desestatização e desregula- mentação da economia, a redução das proteções sociais ao trabalho, a abertura de mercado e a inserção internacional dos países, sobretudo através do comércio. O neoliberalismo pretende ser a ideologia da pós-modernidade, um contra-ataque do privatismo em busca do espaço perdido pela expansão do papel do Estado.

5 O público e o privado na experiência brasileira

Em Portugal e, como conseqüência, também no Brasil, houve grande atraso na chegada do Estado liberal. Permaneceram, assim, indefinida e indelevel- mente, os traços do patrimonialismo[70], para o que contribuiu a conservação do domínio territorial do rei, da Igreja e da nobreza. O colonialismo português, que, como o espanhol, foi produto de uma monarquia absolutista, legou-nos o ranço das relações políticas, econômicas e sociais de base patrimonialista, que •predispõem à burocracia, ao paternalismo, à ineficiência e à corrupção. Os

administradores designados ligavam-se ao monarca por laços de lealdade pessoal e por objetivos comuns de lucro, antes que por princípios de legitimidade e de dever funcional. A gestão da coisa pública tradicionalmente se deu em obediência a pressupostos privatistas e estamentais[71].

69 Os marcos desse processo podem ser considerados a posse da líder conservadora Marga- reth Thatcher como primeira-ministra britânica, em 1979, cargo no qual permaneceu até 1990, e a de Ronald Reagan na presidência dos Estados Unidos, onde cumpriu dois mandatos, entre 1980 e 1988.

70 O Dicionário Houaiss da língua portuguesa, de 2001, registra o termo patrimonialismo, mas não propriamente na acepção aqui empregada, embora esta seja de uso relativamente difundido. Em síntese, trata-se da apropriação da coisa pública como se fosse uma possessão privada, passível de uso em benefício próprio ou dos amigos, ou ainda em detrimento dos inimigos. O agente público que se vale da sua posição ou do patrimônio estatal para obter vantagens, praticar ou cobrar favores e prejudicar terceiros, de forma personalista, viola o princípio republicano. Sobre a gênese do conceito e sua penetração na praxis nacional, desde os tempos do Império, v. Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2006, p. 11.

71 V. Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2006, p. 11: "Por trás das idas e vindas, do avanço e do recuo, diafanamente encoberta, a herança maldita do patrimonialismo: o cargo público. O poder de nomear, de creditar-se favores, de cobrar do agente público antes o reconhecimento e a gratidão do que o dever funcional. A lealdade ao chefe, não ao Estado, muito menos ao povo. A autoridade, em vez de institucionalizar-se, personaliza-se. Em seguida, corrompe-se, nem sempre pelo dinheiro, mas pelo favor, devido

A triste verdade é que o Brasil jamais se libertou dessa herança patrimo- nialista. Tem vivido assim, por décadas a fio, sob o signo da má definição do público e do privado. Pior: sob a atávica apropriação do Estado e do espaço público pelo interesse privado dos segmentos sociais dominantes. Do descobrimento ao início do terceiro milênio, uma história feita de opressão, insensibilidade e miséria. A Constituição de 1824, primeiro esforço de institucionalização do novo país independente, pretendeu iniciar, apesar das vicissitudes que levaram à sua outorga, um Estado de direito, quiçá um protótipo de Estado liberal. Mas foi apenas o primeiro capítulo de uma instabilidade cíclica, que marcou, inclusive e sobretudo, a experiência republicana brasileira, jamais permitindo a consolidação do modelo liberal e tampouco de um Estado verdadeiramente social. De visível mesmo, a existência paralela e onipresente de um Estado corporativo, cartorial, financiador dos interesses da burguesia industrial, sucessora dos senhores de escravo e dos exportadores de café[72].

A Constituição de 1988, o mais bem-sucedido empreendimento

institucional da história brasileira, demarcou, de forma nítida, alguns espaços privados merecedores de proteção especial. Estabeleceu, assim, a inviolabilidade da casa, o sigilo da correspondência e das comunicações, a livre iniciativa, a garantia do direito de propriedade, além de prometer a proteção da família. Seu esforço mais notável, contudo, é o de procurar resguardar o espaço público da apropriação privada, o que faz mediante normas que exigem concurso para ingresso em cargo ou emprego público, licitação para a celebração de contratos com

ou buscado". Veja-se, sobre esta e outras disfunções nacionais, Keith S. Rosenn, Brazil's legal culture: the jeito revisited, Florida International Law Journal, v. I, n. 1, 1984. Esse estudo ganhou uma edição brasileira, revista e ampliada, publicada sob o título 0 jeito na cultura jurídica brasileira, 1998.

72 Esse passado que não quer passar vem de longe, e é estigmatizado por diferentes autores. Darcy Ribeiro, em um texto intitulado Sobre o óbvio, Encontros com a Civilização Brasileira, 1:9 (1978), fornece um exemplo alegórico do caráter excludente das elites dominantes no Brasil. Narra, assim, um pedido veemente feito pela Vila de Itapetininga, em São Paulo, ao Imperador Pedro II, para que lhes desse uma escola de alfabetização: "E a queria com fervor, porque ali - argumentava - havia vários homens bons, paulistas de quatro e até quarenta costados, e nenhum deles podia servir na Câmara Municipal, porque não sabiam assinar o nome. Queria uma escola de alfabetização para fazer vereador, não uma escola para ensinar todo o povo a ler, escrever e contar. (Queria) capacitar a sua classe dominante, sem nenhuma idéia de generalizar a educação". Ricardo Lobo Torres, em seu A idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal, 1991, p. 99, assim expressa essa crônica disfunção: "O ranço do patrimonia- lismo é observado até os nossos dias nos privilégios fiscais de algumas classes, como militares, magistrados e deputados (só extinta com a Constituição de 1988), no descompromisso com a justiça e a liberdade, na concessão indiscriminada de subvenções e subsídios para a burguesia, no endividamento irresponsável, na proliferação de monopólios e empresas estatais, etc., características que se encontram também em outros países latino-americanos herdeiros do patrimonialismo ibérico".

a Administração Pública, prestação de contas dos que administram dinheiro público, bem como sancionam a improbidade administrativa. Proibição emblemática, que em si abriga mais de cem anos de uma República desvirtuada, é a do art. 37, § 12, que interdita autoridades e servidores de utilizarem verbas públicas para promoção pessoal.

Sob a Constituição de 1988 estabeleceu-se uma discussão rica e importante acerca do princípio da supremacia do interesse público. De fato, sobretudo nos últimos anos, parte da doutrina tem questionado vigorosamente essa premissa metodológica tradicionalmente observada pela doutrina e pela jurisprudência. A controvérsia se estabeleceu tanto em relação à própria existência e à natureza da suposta norma que prescreveria a supremacia do interesse público sobre o privado, como a

respeito da sua legitimidade constitucional. O tema envolve complexidades e sutilezas, muitas das quais serão versadas em capítulos posteriores, referentes ao pós-positivismo, à constitucionalização do Direito e à centralidade dos direitos fundamentais. É importante, antes de encerrar o capítulo, noticiar e aprofundar esse debate.

V A SUBSISTÊNCIA DO PRINCIPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO[73]

1 O Estado ainda é protagonista

Na linha do que foi exposto, o Estado percorreu, ao longo do século XX, uma trajetória pendular. Começou liberal, com funções mínimas, em uma era de afirmação dos direitos políticos e individuais. Tornou-se social após o primeiro quarto, assumindo encargos na superação das desigualdades e na promoção dos direitos sociais. Na virada do século, estava neoliberal, concentrando-se na atividade de regulação, abdicando da intervenção econômica direta, em um movimento de desjuridicização de determinadas conquistas sociais. E assim chegou ao novo século e ao novo milênio.

O Estado contemporâneo tem o seu perfil redefinido pela formação de blocos políticos e econômicos, pela perda de densidade do conceito de soberania, pelo aparente esvaziamento do seu poder diante da globalização. Mas não

73 O tema da supremacia do interesse público teve sua discussão reavivada na literatura jurídica nacional em trabalhos recentes, dentre os quais se destacam: Humberto Bergmann Ávila, Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular", Revista Trimestral de Direito Público, 24:159, 1998, e Fábio Medina Osório, Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro, Revista dos Tribunais, 770:53-, 1999. V. tb. Daniel Sarmento (org.). Interesses públicos "versus" interesses privados: des-construindo o princípio de supremacia do interesse público, 2005.

há qualquer sintoma de que esteja em processo de extinção ou de que a ele será reservado um papel secundário. O Estado ainda é a grande instituição do mundo moderno. Mesmo quando se fala em centralidade dos direitos fundamentais, o que está em questão são os deveres de abstenção ou de atuação promocional do Poder Público. Superados os preconceitos liberais, a doutrina publicista reconhece o papel indispensável do Estado na entrega de prestações positivas e na proteção diante da atuação abusiva dos particulares.

O Estado, portanto, ainda é protagonista na história da humanidade, seja no plano internacional, seja no plano doméstico. Sua presença em uma relação jurídica exigirá, como regra geral, um regime jurídico específico, identificado como de direito público. Os agentes do Estado não agem em nome próprio nem para seu autodesfrute. As condutas praticadas no exercício de competências públicas estão sujeitas a regras e princípios específicos, como o concurso, a licitação, a autorização

orçamentária, o dever de prestar contas, a responsabilidade civil objetiva. No espaço público não reinam a livre iniciativa e a autonomia da vontade, estrelas do regime jurídico de direito privado.

Ainda uma última observação: em um Estado democrático de direito, não subsiste a dualidade cunhada pelo liberalismo, contrapondo Estado e sociedade. O Estado é formado pela sociedade e deve perseguir os valores que ela aponta. Já não há uma linha divisória romântica e irreal separando culpas e virtudes.

2 Sentido e alcance da noção de interesse público no direito contemporâneo

O debate contemporâneo acerca da noção de interesse público impõe reavivar uma distinção fundamental e pouco explorada, que o divide em primário e secundário[74]. O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica - quer se trate da União, quer se trate do Esta- do-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

74 Essa classificação, de origem italiana, é pouco disseminada na doutrina e na jurisprudência brasileiras. V. Renato Alessi, Sistema istituzionale dei diritto amministrativo italiano, 1960, p. 197, apud Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo, 2003, p. 57. Depois de Celso Antônio, outros autores utilizaram essa distinção. V. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Curso de direito administrativo, 1997, p. 429 e s.

Embora não tenha sido objeto de elaboração doutrinária mais densa, conforme registrado acima, essa distinção não é estranha à ordem jurídica brasileira. É dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário. Aliás, a separação clara dessas duas esferas foi uma importante inovação da Constituição Federal de 1988. É essa diferença conceituai entre ambos que justifica, também, a existência da ação popular e da ação civil pública, que se prestam à tutela dos interesses gerais da sociedade, mesmo quando em conflito com interesses secundários do ente estatal ou até dos próprios governantes.

O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Obser- ve-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros proveem os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. A inversão da prioridade seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la.

Pois bem: em um Estado democrático de direito, assinalado pela centra- lidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. Não é por outra razão que os

direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis, cabendo ao Estado a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos.

Mesmo quando não esteja em jogo um direito fundamental, o interesse público pode estar em atender adequadamente a pretensão do particular. É o que ocorre, por exemplo, no pagamento de indenização pelos danos causados por viatura da polícia a outro veículo; ou, ainda, no conserto de um buraco de rua que traz desconforto para um único estabelecimento comercial. O interesse público se realiza quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo que em relação a um único cidadão.

À vista das idéias até aqui expostas, já é possível enunciar uma constatação. O interesse público secundário - i.e., o da pessoa jurídica de direito público, o do erário - jamais desfrutará de supremacia a priori e abstrata em face

do interesse particular[75]. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação adequada, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto. Nesse ponto, adere-se à doutrina que sustenta a necessidade de se rediscutir e dessacralizar o chamado princípio da supremacia do interesse público. Mas há uma ponte na direção da posição tradicional.

O interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. Deverá ele pautar todas as relações jurídicas e sociais - dos particulares entre si, deles com as pessoas de direito público e destas entre si. O interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação; ele é o parâmetro da ponderação. Em suma: o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover.

O problema ganha em complexidade quando há confronto entre o interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva e o interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental. A liberdade de expressão pode colidir com a manutenção de padrões mínimos de ordem pública; o direito de propriedade pode colidir com o objetivo de se constituir um sistema justo e solidário no campo; a propriedade industrial pode significar um óbice a uma eficiente proteção da saúde; a justiça pode colidir com a segurança etc. Na solução desse tipo de colisão, o intérprete deverá observar, sobretudo, dois parâmetros: a dignidade humana e a razão pública.

O uso da razão pública importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos - cuja validade é aceita apenas pelo grupo dos seus seguidores - e utilizar argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto. A razão pública

consiste na busca de elementos constitucionais essenciais e em princípios consensuais de justiça, dentro de um ambiente de pluralismo político. Um interesse não pode ser considerado público e primário apenas por corresponder ao ideário dos grupos hegemônicos no momento. O interesse público primário não se identifica, por exemplo, nem com posições estatistas nem com posições antiestatistas. Tais

75 A esse propósito, relendo o texto de Celso Antônio Bandeira de Mello dedicado a esse tema, não me pareceu sustentasse ele, em nenhum momento, tese diversa. Pelo contrário. Confira-se em seu Curso de direito administrativo, 2003, p. 57: "(O) Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles".

concepções correspondem a doutrinas particulares, como o socialismo e o liberalismo econômico. Para que um direito fundamental seja restringido em favor da realização de uma meta coletiva, esta deve corresponder aos valores políticos fundamentais que a Constituição consagra, e não apenas ao ideário que ocasionalmente agrega um número maior de adeptos[76].

O outro parâmetro fundamental para solucionar esse tipo de colisão é o princípio da dignidade humana[77]. Como se sabe, a dimensão mais nuclear desse princípio se sintetiza na máxima kantiana segundo a qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo. Essa máxima, de corte antiutili- tarista, pretende evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais[78]. Assim, se determinada política representa a concretização de importante meta coletiva (como a garantia da segurança pública ou da saúde pública, por exemplo), mas implica a violação da dignidade humana de uma só pessoa, tal política deve ser preterida, como há muito reconhecem os publicistas comprometidos com o Estado de direito.

76 Sobre o tema, v. John Rawls, A idéia de razão pública revista, in 0 direito dos povos, 2001. Na literatura jurídica nacional, v. especialmente Cláudio Pereira de Souza Neto, Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática, 2006, p. 112 e s.

77 Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002; e, da mesma autora, v., especialmente, sua tese de doutorado .intitulada Ponderação, racionalidade e atividade judicial, 2005.

78 Em sentido aproximado, v. Ronald Dworkin, Taking rights seriously, 1997, p. 184 e s.

CAPÍTULO III CONSTITUIÇÃO

Sumário: I - Noções fundamentais. II - Referência histórica.

III - Concepções e teorias acerca da Constituição. IV - Tipologia das Constituições. V - Conteúdo e supremacia das normas constitucionais. VI - A Constituição no direito constitucional contemporâneo. VII - Constituição, constitucionalismo e democracia.

I NOÇÕES FUNDAMENTAIS

O constitucionalismo moderno, fruto das revoluções liberais, deu à idéia de Constituição sentido, forma e conteúdo específicos[2]. É certo, contudo, que tanto a noção como o termo "Constituição" já integravam a ciência política e o Direito de longa data, associados à configuração do poder em diferentes fases da evolução da humanidade, da Antigüidade clássica ao Estado moderno[3]. Nessa acepção mais ampla e menos técnica, é possível afirmar que todas as sociedades políticas ao longo dos séculos tiveram uma Constituição, correspondente à forma de organização e funcionamento de suas instituições essenciais. Assim, a Constituição histórica ou institucional[4] designa o modo de

1 Benda, Maihofer, Vogel, Hesse e Heyde, Manual de derecho constitucional, 1996; Dalmo de Abreu Dallari, Elementos de teoria geral do Estado, 1998; Eduardo Garcia de Enterría, La Consti- tución como norma y el Tribunal Constitucional, 1991; Francisco Balaguer Callejón, Derecho constitucional, v. 1, 2004; J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003; Jorge Miranda, Teoria do Estado e da Constituição, 2002; Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 2001; José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 2001; Konrad Hesse, Escritos de derecho constitucional, 1983; Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2003, e Temas de direito constitucional, t. III, 2005; Miguel CarbonelI (org.), Neoconstitucionalismo, 2003; Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 2001; Robert A. Dahl, How democratic is the American Constitution, 2001; Vicky C. Jackson e Mark Tushnet, Comparative constitutional law, 1999.

2 Etimologicamente, o termo "constituição" deriva imediatamente do verbo "constituir" e tem como origem remota o vocábulo latino "constitutionis", cuja carga semântica igualmente herdou. Assim, em sentido lato, constituição significa o modo de ser específico de determinada coisa, os elementos que a individualizam, ou ainda o ato de sua criação. V. Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, Dicionário Houaiss da língua portuguesa, 2001, p. 813.

3 Em A Constituição de Atenas, obra escrita, provavelmente, entre 332 e 322 a.C, Aristóteles descreve as instituições políticas e sociais de Atenas desde as origens aristocráticas até o que veio a ser conhecido como a "democracia grega". Na segunda parte dessa obra, descreve detalhadamente o funcionamento do governo e das práticas políticas. Esse texto pode ser encontrado, em língua portuguesa, no sítio <http://www.consciencia.org/aristoteles_consti-tuicao_de_atenas.shtml>,acesso em: 8.3.2007.

4 Diz-se Constituição em sentido institucional porque ligada à institucionalização do poder. Sobre o tema, v. Jorge Miranda, Manual de direito constitucional, 2000, t. II, p. 13: "Em qualquer

organização do poder político do Estado, sendo antes um dado da realidade que uma criação racional.

Na perspectiva moderna e liberal, porém, a Constituição não tem caráter meramente descritivo das instituições, mas sim a pretensão de influenciar sua ordenação, mediante um ato de vontade e de criação, usualmente materializado em um documento escrito[5]. Nascida em berço revolucionário, a Constituição consubstancia a superação da ordem jurídica anterior - a subordinação colonial, no caso dos Estados Unidos, e o Ancien Régime, na experiência francesa - e a reconstrução do Estado em novas bases. Em uma visão esquemática e simplificadora, é possível conceituar a Constituição:

a) do ponto de vista político, como o conjunto de decisões do poder constituinte ao criar ou reconstruir o Estado, instituindo os órgãos de poder e disciplinando as relações que manterão entre si e com a sociedade;

b) do ponto de vista jurídico, é preciso distinguir duas dimensões:

(i) em sentido material, i-e., quanto ao conteúdo de suas normas, a Constituição organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais, consagra valores e indica fins públicos a serem realizados;

(ii) em sentido formal, i.e., quanto à sua posição no sistema, a Constituição é a norma fundamental e superior, que regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita o seu conteúdo.

A Constituição, portanto, cria ou reconstrói o Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo acerca de direitos fundamentais, valores e fins públicos e disciplinando o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que integrarão a ordem jurídica por ela instituída. Como regra geral, terá a forma de um documento escrito e sistemático, cabendo-lhe o papel,

Estado, em qualquer época e lugar, encontra-se sempre um conjunto de regras fundamentais, respeitando-se à sua estrutura, à sua organização e à sua atividade - escritas ou não escritas, em maior ou menor número, mais ou menos simples ou complexas. Encontra-se sempre uma Constituição como expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre sujeitos e destinatários do poder".

5 Os fundamentos teóricos do constitucionalismo moderno começaram a ser lançados após a Reforma Protestante, tendo como principais referências teóricas os autores que desenvolveram a idéia de contrato social, em especial os ingleses Thomas Hobbes e John Locke, no século XVII - v. Thomas Hobbes, Leviathan, 1651, e John Locke, Second

treatise of government, 1690 - e o francês Jean-Jacques Rousseau, no século XVIII - v. Jean Jacques Rousseau, Du contraí social, 1762.

decisivo no mundo moderno, de transportar o fenômeno político para o mundo jurídico, convertendo o poder em Direito[6].

II REFERÊNCIA HISTÓRICA

Na acepção atual, Constituição e constitucionalismo são conceitos historicamente recentes, associados a eventos ocorridos nos últimos trezentos anos. Como se sabe, o Estado moderno surge, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo e associado ao absolutismo do poder real. A autoridade do monarca, tanto em face da Igreja quanto perante os senhores feudais, passa a fundar-se no direito divino e no conceito de soberania que então se delineava, elemento decisivo para a formação dos Estados nacionais. Três grandes revoluções abriram caminho para o Estado liberal, sucessor histórico do Estado absolutista e marco inicial do constitucionalismo: a inglesa (1688), a americana (1776) e a francesa (1789).

A Revolução Inglesa (v. supra) teve como ponto culminante a afirmação do Parlamento e a implantação de uma monarquia constitucional. Quando, em 1689, William III e Mary II ascendem ao trono, com poderes limitados pela Bill of Rights (Declaração de Direitos, 1688), já estavam lançadas as bases do modelo de organização política que inspiraria o ocidente pelos séculos afora. E com uma singularidade: fruto de uma longa gestação, que remonta à Magna Charta (1215), as instituições inglesas tiveram fundação tão sólida que puderam até mesmo prescindir de uma Constituição escrita[7].

A Revolução Americana (v. supra) teve significado duplo: a emancipação das colônias inglesas na América, anunciada na célebre Declaração de Independência, de 1776; e sua reunião em um Estado independente, delineado na

6 Isso não importa, naturalmente, em suprimir ou minimizar a importância e a dignidade da Política, que é indispensável para a convivência entre os diferentes (Hannah Arendt, 0 que é política, 1998). A Constituição prove apenas sobre uma quantidade limitada de matérias tidas pelo constituinte como fundamentais ou de especial relevância. Tudo o mais sujeita-se à deliberação política, ao processo majoritário, ao Poder Legislativo. Aliás, a própria Constituição, salvo noTõcante às cláusulas pétreas (v. infra), comporta modificação, por via de emenda constitucional, desde que observado o procedimento próprio e obtido o voto da maioria qualificada necessária. No caso brasileiro, exigem-se três quintos dos votos de cada Casa do Congresso Nacional (CF, art. 60, § 2[2]).

7 Tal particularidade do constitucionalismo inglês faz com que as normas constitucionais não sejam formalmente distintas da legislação ordinária. Inexiste, assim, no sistema inglês, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de um ato legislativo, de modo que ali prevalece a supremacia do Parlamento, e não da Constituição, tal como

interpretada por um órgão do Judiciário ou por um Tribunal Constitucional. Relembrem-se, todavia, as implicações do Constitutional Reform Act, de 2005, discutidas no capítulo anterior.

Constituição de 1787. Primeira Constituição escrita e solenemente ratificada (a ratificação se deu em 1789; em f79f foram acrescentadas as dez primeiras emendas, conhecidas como Bill of Rights), foi ela o marco inicial do longo sucesso institucional dos Estados Unidos da América, baseado na separação dos Poderes e em um modelo de texto sintético (a versão original tem apenas 7 artigos), republicano, federativo e presidencialista[8].

A Revolução Francesa (v. supra), cuja deflagração é simbolizada pela queda da Bastilha, em 1789, foi um processo mais profundo, radical e tormentoso de transformação política e social. E, na visão de superfície, menos bem-sucedido, pela instabilidade, violência e circularidade dos acontecimentos. A verdade, contudo, é que foi a Revolução Francesa - e não a americana ou a inglesa - que se tornou o grande divisor histórico, o marco do advento do Estado liberal. Foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. com seu caráter universal, que divulgou a nova ideologia, fundada na Constituiçãqna separação de Poderes e nos direitos individuais. Em 1791 foi promulgada a primeira Constituição francesa.

No plano das idéias e da filosofia, o constitucionalismo moderno é produto do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista que o acompanhou, com o triunfo dos valores humanistas e da crença no poder da razão. Nesse ambiente, modifica-se a qualidade da relação entre o indivíduo e o poder, com o reconhecimento de direitos fundamentais inerentes à condição humana, cuja existência e validade independem de outorga por parte do Estado. No plano político, notadamente na Europa continental, a Constituição consagrou a vitória dos ideais burgueses sobre o absolutismo e a aristocracia. Foi, de certa forma, a certidão do casamento, de paixão e conveniência, entre o poder econômico - que já havia sido conquistado pela burguesia - e o poder político.

É oportuno, neste passo, um registro importante. Embora tenham sido fenômenos contemporâneos e tenham compartilhado fundamentos comuns,

8 É curioso observar, no entanto, que o modelo americano, no seu conjunto, não foi seguido por qualquer das democracias maduras do mundo: nenhuma tem Constituição sintética, poucas adotam o sistema federativo, inúmeras são monarquias, quase todas são parlamentaristas, e só recentemente se vem implantando o controle de constitucionalidade das leis, mesmo assim em molde diverso. Sobre o tema, v. Bruce Ackerman, The rise of world constitutionalism, Yale Law School Occasional Papers, Second Series, n. 3, 1997: "Devemos aprender a olhar para a experiência americana como um caso especial, não como um paradigma"; e Robert A. Dahl, How democratic is the American Constitution, 2001, p. 41 e s. Este

último autor faz um levantamento dos vinte e dois países que se mantiveram estavelmente democráticos nos últimos cinqüenta anos e que são: Alemanha, Áustria, Austrália, Bélgica, Canadá, Costa Rica, Dinamarca, Estados Unidos, Finlândia, França, Islândia, Irlanda, Israel, Holanda, Itália, Japão, Luxemburgo, Nova Zelândia, Noruega, Reino Unido, Suécia e Suíça. A índia teve um hiato autoritário entre 1975 e 1977, sob o governo da primeira-ministra Indira Gandhi.

o constitucionalismo americano e o francês sofreram influências históricas, políticas e doutrinárias diversas. E, em ampla medida, deram origem a modelos constitucionais bem distintos, que só vieram a se aproximar na segunda metade do século XX. Nos Estados Unidos, desde a primeira hora, a Constituição teve o caráter de documento jurídico, normativo, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. No modelo francês, que se irradiou pela Europa, a Constituição tinha natureza essencialmente política e sua interpretação era obra do Parlamento, e não de juizes e tribunais.

De fato, a Constituição americana teve suas origens no contratualismo liberal de Locke - um pacto social de paz e liberdade entre os homens[9] - e na idéia de um Direito superior, uma higher law, fundado no direito natural medieval[10]. A força normativa e a supremacia da Constituição foram asseguradas desde o início pelo controle de constitucionalidade das leis (judicial review). Diferente foi a concepção de Constituição que emergiu da Revolução Francesa. Na França, o tema central do debate político que resultou na Constituição de 1791 foi a titularidade do poder constituinte. A idéia revolucionária de soberania nacional contrapunha-se à visão absolutista da soberania do Monarca. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a despeito de sua importância simbólica, não tinha valor normativo, e, na prática, o que prevalecia eram os atos do Parlamento. Só em 1971, o Conselho Constitucional, já sob a Constituição de 1958, iria reconhecer à Declaração valor jurídico supra- legal (v. supra). Essa neutralização de sua força normativa deu o tom da idéia

9 John Locke, Second treatise of government, 1980 (a l- edição é de 1690), cap. VIII, p. 52: "Sendo os homens, como já foi dito, por natureza, livres, iguais e independentes, ninguém pode ser retirado desse estado e colocado sob o poder político de outro sem o seu consentimento. A única maneira pela qual alguém pode ser privado de sua liberdade natural e submetido aos laços de uma sociedade civil é entrando em acordo com outros homens para se juntarem e unirem em uma comunidade para que possam viver entre si de maneira confortável, segura e pacífica, desfrutando de suas propriedades e de maior segurança em face dos que a ela não tenham aderido".

10 V. Edward S. Corwin's, The Constitution and what it means today, 1978, p. 221. Existe uma edição em português - A Constituição norte-americana e seu significado atual, 1986 -, de onde se colhe: "A fonte inicial do controle de constitucionalidade, no entanto, é

muito mais antiga que a Constituição e do que qualquer dos Estados americanos. Ela pode ser encontrada no common law, onde se colhem princípios que foram desde cedo considerados "fundamentais" e que compreendem uma "lei ou Direito superior" (higher law) que nem mesmo o Parlamento poderia alterar. "E parece", escreveu o Chief Justice Coke, em 1610, em seu famoso dictum no caso Bonham, "que quando um ato do Parlamento é contra o direito e a razão comuns, o common law irá submetê-lo a controle e irá julgá-lo nulo". É interessante observar que este modelo seria adotado nos Estados Unidos, mas não prevaleceria no Reino Unido, onde se implantou a supremacia do Parlamento.

de Constituição que prevaleceria na França e que se irradiaria pela Europa, bem diversa da que vigorou nos Estados Unidos[11].

III CONCEPÇÕES E TEORIAS ACERCA DA CONSTITUIÇÃO

A doutrina, sobretudo europeia, especulou ao longo do tempo acerca da natureza, significação e papel da Constituição, produzindo elaborações diversas[12]. Não é o caso de investigá-las, em obra dessa natureza, salvo para breve referência a dois desenvolvimentos de maior repercussão: a concepção sociológica e a concepção jurídica ou positivista[13]. Na seqüência será apresentada a concepção normativa, que, de certa forma, tenta produzir uma síntese entre as duas correntes anteriores.

O sociologismo constitucional ou o conceito sociológico de Constituição é associado ao alemão Ferdinand Lassalle. De acordo com sua formulação, a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem a sociedade. Em outras palavras, o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais, atuando dialeticamente, estabelece uma realidade, um sistema de poder: esta é a Constituirão real, efetiva do Estado A Constituição jurídica, mera "folha de papel", limita-se a converter esses fatores reais do poder em instituições jurídicas, em Direito[14]. Com ênfase nos aspectos ligados ao poder

11 Sobre o tema, v. o primoroso texto de Eduardo Garcia de Enterría, La Constitución es- panola de 1978 como pacto social y como norma jurídica, Revista de Direito do Estado, 1:3, 2006, p. 10: "Esta falta de condición normativa de la Constitución fue refrendada por toda la prác- tica judicial europea, que no admitió nunca que fuese invocada como norma de decisión de litígios y menos aún como paradigma de validez de Ias leyes, y acantonó así su significado al plano en que la situo originalmente la post-Revolución Francesa: titularidad de la soberania y organización de los poderes".

12 Jorge Miranda, Manual de direito constitucional, 2000, t. II, p. 52 e s., tabulou-as em concepções: jusnaturalistas, positivistas, historicistas, sociológicas, marxistas, institucionalistas, decisionistas, axiológicas (decorrentes da filosofia dos valores) e estruturalistas.

13 Não se explora aqui, por motivos diversos, a concepção

decisionista de Carl Schmitt, freqüentemente associada a uma visão autoritária da Constituição e do poder, bem como ao antissemitismo e à ascensão do nazismo. V. Carl Schmitt, Teoria de la Constitución, 2001 (a Iª edição alemã é de 1928). Para um estudo recente sobre a doutrina de Carl Schmitt, v. Marcelo Leonardo Tavares, Medidas de exceção no Estado de direito: limites à restrição da liberdade em situação de crise, 2007, mimeografado, tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

14 Essas idéias foram sistematizadas em célebre conferência proferida para intelectuais e sindicalistas alemães, em 1863, transformada em um opúsculo clássico - Ferdinand Lassalle, A essência da Constituição -, onde se lê: "Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores reais do poder que imperam na realidade social".

econômico e às relações que ele engendra, a concepção marxista também partilha e até aprofunda essa visão pessimista acerca do Direito e da Constituição, considerando que a ordem jurídica pode ser reduzida a um fator de dominação, agregando uma aura de legitimidade à estrutura de poder prevalente".

Na vertente oposta situa-se a concepção estritamente jurídica da Constituição, vista como lei suprema do Estado. Ligada ao positivismo normativista, essa corrente teve seu ponto culminante na elaboração teórica de Hans Kelsen, considerado um dos maiores juristas do século XX[16]. Em busca de um tratamento científico que conferisse "objetividade e exatidão" ao Direito. Kelsen desenvolveu sua teoria pura, na qual procurava depurar seu objeto de elementos de outras ciências (como a sociologia, a filosofia), bem como da política e, em certa medida, até da própria realidade. Direito é norma; o mundo normativo é o do dever-ser, e não o do ser. Nessa dissociação das outras ciências, da política e do mundo dos fatos, Kelsen concebeu a Constituição (e o próprio Direito) como uma estrutura formal, cuja nota era o caráter normativo, a prescrição de um dever-ser, independentemente da legitimidade ou justiça de seu conteúdo e da realidade política subjacente[17]. A ordem jurídica é um sistema escalonado de normas, em cujo topo está a Constituição, fundamento de vali- dade de todas as demais normas que o integram[18].

15 Embora não se tenha em Marx uma teoria acabada do Direito (v. Michel Miaille, Reflexão crítica sobre o conhecimento jurídico. Possibilidades e limites, in Crítica do Direito e do Estado, 1984, p. 43), sua ênfase economicista remarca a tese de que o Direito é uma superestrutura que corresponde, no mundo das idéias, a uma base material, resultante das

relações de produção. É a infraestrutura econômica que condiciona as instituições jurídicas. Embora o pensamento marxista ande fora de moda nesses tempos neoliberais, é de proveito reavivar passagem antológica, publicada no prefácio de sua Contribuição à crítica. da economia política, escrito em 1859: "Na produção social de sua vida, os homens contraem determinadas relações necessárias e independentes de sua vontade, relações de produção que correspondem a uma determinada fase de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. O conjunto dessas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta a superestrutura jurídica e política e à qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e espiritual em geral" (in Obras escolhidas de Marx e Engels, 1961, p. 301).

16 V. Hans Kelsen, Teoria pura do Direito, 1979 (a lâedição é de 1934 e a 2- edição é de 1960); e Teoria general dei Estado, 1965 (a lâ edição é de 1925).

17 As insuficiências metodológicas e o mau uso político dado ao positivismo jurídico, invocado como fundamento de legitimidade de ordens jurídicas iníquas, não o desmerecem como construção teórica, nem lhe retiram o mérito de haver dado ao Direito uma elaboração técnica e sistemática que possibilitou avanços importantes, inclusive o desenvolvimento do constitucionalismo normativo.

18 Hans Kelsen, Teoria pura do Direito, 1979, p. 310: "A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é

Ambas as concepções expostas acima têm enorme valia doutrinária e, de certa forma, o pensamento constitucional contemporâneo expressa uma síntese dialética de tais formulações. Com elementos de uma e de outra, desenvolveu-se a idéia de Constituição normativa. A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo. Essa é uma evidência que não se pode ignorar. Mas ela não se reduz à mera expressão das circunstâncias concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente, da qual derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional[19]. O tema será aprofundado mais à frente.

IV TIPOLOGIA DAS CONSTITUIÇÕES

A doutrina adota diversos critérios de classificação das Constituições, que levam em conta a forma, a origem, a estabilidade do texto e o seu conteúdo. Veja-se a exposição sumária de cada um desses tipos.

1) Quanto à forma

Tal classificação diz respeito à forma de veiculação das

normas constitucionais. Sob esse critério, as Constituições podem ser:

a) escritas - quando sistematizadas em um texto único, de que é exemplo pioneiro a Constituição americana; ou

b) não escritas - quando contidas em textos esparsos e/ou em costumes e convenções sedimentados ao longo da história, como é o caso, praticamente isolado, da Constituição inglesa[20].

produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora".

19 O tema encontra-se sistematizado, em páginas primorosas, no texto de Konrad Hesse, "La fuerza normativa de la Constitución", in Escritos de derecho constitucional, 1983. Sobre a mesma questão, v., também, Eduardo Garcia de Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 2006 (a Ia edição é de 1981); e Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2003.

20 Na mesma situação estão Israel e Nova Zelândia.

2) Quanto à origem

O poder constituinte originário é entendido como um poder político de fato, institucionalizado - juridicizado - pela Constituição. O objeto da referida classificação é a identificação da legitimidade democrática subjacente ao seu exercício. Quanto à origem, as Constituições podem ser:

a) promulgadas ou democráticas - quando contam com a participação popular na sua elaboração, normalmente por meio da eleição de representantes; ou

b) outorgadas - nos casos em que não há manifestação popular na sua feitura, sendo impostas pelo agente que detém o poder político de fato.

3) Quanto à estabilidade do texto

Essa classificação guarda relação com o procedimento adotado para a modificação do texto constitucional, comparando-o com o procedimento aplicável à legislação ordinária. No tocante à estabilidade do texto, as Constituições podem ser:

a) rígidas - quando o procedimento de modificação da Constituição é mais complexo do que aquele estipulado para a criação de legislação infra- constitucional;

b) flexíveis - hipótese em que a Constituição pode ser modificada pela atuação do legislador ordinário seguindo o procedimento adotado para a edição de legislação infraconstitucional; ou

c) semirrígidas - quando parte da Constituição -

geralmente as normas consideradas materialmente constitucionais - só pode ser alterada mediante um procedimento mais dificultoso, ao passo que o restante pode ser modificado pelo legislador, segundo o processo previsto para a edição de legislação infraconstitucional. Exemplo desta última fórmula foi a Constituição brasileira de 1824[21].

4) Quanto ao conteúdo

Essa classificação diz respeito ao grau de minúcia empregado no texto constitucional e à abrangência das matérias nele disciplinadas. Quanto ao conteúdo, as Constituições podem ser:

21 A Constituição Imperial, nos seus arts. 174 a 177, estabelecia um procedimento especial para a modificação dos dispositivos constitucionais. O art. 178 explicitava que tal procedimento diferenciado aplicava-se apenas aos dispositivos que tratassem de certas matérias, consideradas efetivamente constitucionais. Confira-se a redação do art. 178: "É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, pôde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias".

a) sintéticas - quando se limitam a traçar as diretrizes gerais da organização e funcionamento do Estado e de sua relação com os cidadãos, em geral com o uso de uma linguagem mais aberta, marcadamente principioló- gica. Esse formato tende a garantir-lhes maior estabilidade, na medida em que se abrem mais facilmente à evolução interpretativa, sem necessidade de modificações formais. Exemplo emblemático e praticamente único dessa categoria é a Constituição norte-americana; ou

b) analíticas - quando desenvolvem em maior extensão o conteúdo dos princípios que adotam, resultando em um aumento do seu texto e em uma redução do espaço de conformação dos Poderes constituídos. Exemplos desse formato são as Constituições da Espanha, de Portugal, da índia. Também é o caso da Constituição brasileira, que, sem embargo de suas múltiplas virtudes reais e simbólicas, é - mais do que analítica - casuística no tratamento de diversos temas, regulando-os em pormenor.

V CONTEÚDO E SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Expressão da ideologia liberal, o constitucionalismo surge como uma doutrina de limitarão do poder do Estado. Como conseouência. desde as suas origens, sempre foi da essência da Constituição a separação de Poderes e a garantia dos direitos[22]. Ao longo dos séculos, o elenco de direitos tidos como fundamentais ampliou-se significativamente, para incluir, além dos direitos políticos e individuais, também direitoVsociais e coletivos. Ademais, as Constituições passaram a abrigar princípios fundamentais e fins públicos relevantes (programas de ação política)[23]. Assim, as normas constitucionais comportam classificação, quanto ao seu

conteúdo, em três grandes categorias: as que organizam o poder político (normas constitucionais de organização), as que definem direitos fundamentais (normas constitucionais definidoras de direitos) e as que indicam valores e fins públicos (normas constitucionãíslíê^rincípio ou proeramáticasi.

No entanto, as circunstâncias políticas do momento histórico em que são elaboradas ou reformadas fazem com que as Constituições, invariavelmente,

22 Assim dispôs a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: "Art. 16. Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição".

23 Exemplos de tarefas impostas pela Constituição ao Estado, no caso brasileiro: erradicar a pobreza e a marginalização (art. 3[2], III); incentivar o desenvolvimento científico (art. 218); preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais (art. 225,1).

contenham normas que não correspondem exatamente ao conteúdo explicitado acima. Tal fato levou a doutrina a cunhar o conceito de normas apenas formalmente constitucionais, que têm essa natureza por integrarem o documento formal Constituição, mas não pela matéria de que tratam[24]. No caso da Constituição brasileira de 1988, são exemplos de tal situação, dentre muitos, os dispositivos que cuidam do regime jurídico dos serviços notariais (art. 236) ou do status federal do Colégio Pedro II, localizado no Rio de Janeiro (art. 242). Embora o fenômeno seja menos comum, a doutrina também identifica normas materialmente constitucionais que não figuram na Constituição, geralmente dispondo sobre direito intertemporal ou regras de hermenêutica[25]. No Brasil, este seria o caso de diversas normas da Lei de Introdução ao Código Civil.

Já a supremacia da Constituição é o postulado sobre o qual se assenta o próprio direito constitucional contemporâneo, tendo sua origem na experiência

24 Usualmente, a doutrina emprega a expressão "normas materialmente constitucionais" para designar as normas que tratam de questões fundamentais e integram a Constituição. A rigor, portanto, essas normas são formal e materialmente constitucionais. E emprega a expressão "normas formalmente constitucionais" para identificar as que integram a Constituição mas nãfl têm o conteúdo típico, isto é, normas apenas formalmente constitucionais.

25 Essas normas são freqüentemente referidas como normas de sobredireito. Não se destinam elas a reger diretamente as relações jurídicas, dirigindo-se antes ao intérprete, figurando como premissas conceituais ou metodológicas de aplicação de outras normas. Alguns exemplos: a) de regra de direito intertemporal: LICC, art. 2-, § l[2]: "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando

seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior"; b) de regra de hermenêutica: LICC, art. 4ª: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". No direito francês se desenvolveu a idéia de bloco de constitucionalidade, que serve para identificar a existência de normas materialmente constitucionais fora da Constituição. Essa expressão significa que a Constituição não se limita às normas que integram ou se extraem do seu corpo, mas inclui outros textos normativos. No caso da Decisão n. 71.44 DC, de 16.7.1971, do Conselho Constitucional (disponível em: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm, acesso em: 26.7.2005), considerou-se ter caráter materialmente constitucional a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o Preâmbulo da Constituição de 1946. Em decisão monocrática proferida na ADIn 1.120/PA, DJU, 7 mar. 2002, o Ministro Celso de Mello tratou do tema nos seguintes termos: "É por tal motivo que os tratadistas - consoante observa Jorge Xifra Heras ('Curso de Derecho Constitucional', p. 43) -, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global".

americana[26]. Decorre ela de fundamentos históricos, lógicos e dogmáticos, que se extraem de diversos elementos, dentre os quais a posição de preeminência do poder constituinte sobre o poder constituído[27], a rigidez constitucional (v. supra), o conteúdo material das normas que contém e sua vocação de permanência[28]. A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como conseqüência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como jurisdição constitucional, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição. Parte importante da jurisdição constitucional consiste no controle de constitucionalidade, cuja finalidade é declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição.

VI A CONSTITUIÇÃO NO DIREITO CONSTITUCIONAL

CONTEMPORÂNEO

Das origens até os dias de hoje, a idéia de Constituição - e do papel que deve desempenhar - percorreu um longo e acidentado caminho. O constitucionalismo liberal, com sua ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade. ced[eu] espaço para o constitucionalismo social. Direitos ligados à promoção da igualdade material passaram a ter assento constitucional e ocorreu uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social.

Em alguns países, essa tendência foi mais forte, dando lugar à noção de dirigismo constitucional ou de Constituição dirigente, com a pretensão de impor ao legislador e ao administrador certos deveres de atuação positiva, com a

26 V. Constituição americana, art. 6-, § 2°; o Federalista, n. 78 (sobre os escritos federalistas de Hamilton, Madison e Jay, v. supra); e a decisão proferida pela Suprema Corte em Marbury v. Madison, 1803. Em alguns poucos países, como o Reino Unido e, em alguma medida, a França, onde não há controle judicial de constitucionalidade, o princípio não tem aplicação plena, prevalecendo a doutrina da "supremacia do Parlamento".

27 Sobre a distinção entre poder constituinte e poder constituído, v. o clássico opúsculo de Emmanuel Joseph Sieyès, Qu 'est-ce le tier État, editado em 1789, na antevéspera da Revolução Francesa. Há edição em português dessa obra, sob o título A constituinte burguesa: que é o terceiro Estado?, 1986.

28 V. Raul Machado Horta, Permanência e mudança na Constituição, in Direito constitucional, 2002, p. 97 e s.

conseqüente redução do campo reservado à deliberação política majoritária[29]. Essa ampliação do espaço constitucional passou a ser amplamente questionada a partir do quarto final do século XX, na onda de uma intensa reação política pela redução do tamanho do Estado, pela desregulação e pela volta ao mini- malismo constitucional do liberalismo[30].

Do ponto de vista dogmático, as últimas décadas assistiram a um movimento decisivo, que foi o reconhecimento e a consolidação da força normativa da Constituição. No constitucionalismo europeu - e na maior parte do mundo, que vivia sob sua influência - prevalecia o entendimento de que as normas constitucionais não seriam propriamente normas jurídicas, que comportassem tutela judicial quando descumpridas, mas sim diretivas políticas endereçadas sobretudo ao legislador. A superação dessa perspectiva ganhou impulso no segundo pós-guerra, com a perda de prestígio do positivismo jurídico e da própria lei e com a ascensão dos princípios constitucionais concebidos como uma reserva de justiça na relação entre o poder político e os indivíduos, especialmente as minorias. Essa mudança, uma verdadeira revolução silenciosa, tornou-se possível graças à disseminação da jurisdição constitucional, com a criação de inúmeros tribunais constitucionais pelo mundo afora.

Como já assinalado, o quadro descrito acima encontrou exceção notável na experiência norte-americana, onde o constitucionalismo sempre foi marcado pela normatividade ampla e pela judicialização das questões constitucionais, na linha do precedente firmado com o julgamento do caso Marbury v. Madison pela Suprema Corte, em 1803. No Brasil, a força normativa e a conquista de efetividade pela Constituição são fenômenos recentes, supervenientes ao regi-, me militar, e que somente se consolidaram após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988.

Sedimentado o caráter normativo das normas constitucionais, o Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico[31], onde desfruta não apenas da supremacia formal que

29 Sobre o tema, v. a célebre tese de J. J. Gomes Canotilho, Constituição dirigente e vincula- ção do legislador, 1982. Vejam-se também: Jacinto de Mirando Coutinho (org.), Canotilho e a Constituição dirigente, 2003; Gilberto Bercovici, A Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição, in Cláudio Pereira de Souza Neto, Gilberto Bercovici, José Filomeno de Moraes Filho e Martonio Mont'Alverne B. Lima, Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional, 2003; e Fábio de Oliveira, Morte e vida da Constituição dirigente: compreensão geral e brasileira, tese de doutorado apresentada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, mimeografado, 2006.

30 Na linha de resistência a este processo, v. Paulo Bonavides, Do país constitucional ao país neocolonial, 1999.

31 V., dentre muitos, Pietro Perlingieri, Perfis de direito civil, 1999; Daniel Sarmento, Direitos fundamentais e relações privadas, 2004; Ricardo Guastini, Neoconstitucionalismo, 2003.

sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores[32] e como um sistema aberto de princípios e regras[33], a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. Esse fenômeno tem sido designado como constitucionalização do Direito, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito, como o civil, o administrativo, o penal e o processual (v. infra).

Essa constitucionalização do Direito, potencializada por algumas características associadas ao contexto filosófico do pós-positivismo - centralidade da idéia de dignidade humana e dos direitos fundamentais, desenvolvimento da nova hermenêutica, normatividade dos princípios, abertura do sistema, teoria da argumentação -, tem tornado o debate jurídico atual extremamente rico e instigante. Nele têm-se colocado temas que definirão o futuro da Constituição, dentre os quais: o papel do Estado e suas potencialidades como agente de transformação e de

promoção dos direitos fundamentais; a legitimidade da jurisdição constitucional e da judicialização do debate acerca de determinadas políticas públicas; a natureza substantiva ou procedimental da democracia e o conteúdo das normas constitucionais que a concretizam, para citar apenas alguns exemplos.

32 A idéia da Constituição como ordem objetiva de valores, que condiciona a leitura e a interpretação de todos os ramos do Direito, foi fixada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1958, no julgamento do célebre caso Lüth, no qual se assentou: "Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa dei ciudadano en contra dei Estado; sin embargo, en ias disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas Ias esferas dei derecho" (in Jürgen Schwabe, Cincuenta anos de jurisprudência dei Tribunal Constitucional Federal alemán, 2003, Sentencia 7, 198). No caso concreto, o tribunal considerou que a conduta de um cidadão convocando ao boicote de determinado filme, dirigido por cineasta de passado ligado ao nazismo, não violava os bons costumes, por estar protegida pela liberdade de expressão. Por fim, vale mencionar que, a despeito da ampla aceitação de sua idéia central, a teoria da ordem objetiva de valores conta com críticos importantes, tais como o filósofo alemão Jürgen Habermas, que a acusa de funcionar como porta de entrada para um voluntarismo judicial fundado em juízos destituídos de legitimidade intersubjetiva. Nesse sentido, v. Direito e democracia entre facticidade e validade, 2003, v. I, p. 314 e s.

33 A idéia de abertura abriga dois conceitos: incompletude - a Constituição não tem a pretensão de disciplinar todos os temas e, mesmo em relação aos que disciplina, somente o faz instituindo os grandes princípios - e certa indeterminação de sentido, que permite a integração de suas normas pela atuação do legislador e do intérprete. V. Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro, in A nova interpretação constitucional, 2003. Sobre a distinção entre princípios e regras, v. infra e, especialmente, Ronald Dworkin, Taking rights seriously, 1997, e Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, 1997. Para a idéia de abertura do sistema jurídico, v. Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito, 1996. Para um tratamento sistemático dessas questões, v. também J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 1159 e s.

A essas questões se soma, ainda, a crise da própria idéia tradicional de soberania estatal, num tempo em que é nítida a tendência para a formação de blocos políticos e econômicos de integração[34]. A tradicional percepção da Constituição como documento supremo, expressa na imagem do vértice de uma pirâmide, enfrenta o desafio doutrinário de um mundo onde convivem inúmeras fontes normativas superiores. Todas aspiram à primazia ou, no mínimo, à igualdade hierárquica, e dentre elas se incluem, além do próprio direito constitucional, também o direito

internacional e o direito comunitário[35]. Nesse cenário, foi assinado, ao fim de 2004, o tratado que estabelece uma Constituição para a Europa[36]. Todavia, sua não aprovação em referendos realizados na França e na Holanda (Países Baixos), no primeiro semestre de 2005, lançou incertezas e adiou o início de sua vigência.

VII CONSTITUIÇÃO, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

A idéia de Estado democrático de direito, consagrada no art. I[2] da Constituição brasileira, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. Constitucionalismo

34 Alguns exemplos. O MERCOSUL - Mercado Comum do Sul foi criado pelo Tratado de Assunção, de 1991, e revisto pelo Protocolo de Ouro Preto, de 1994. Esse esforço de criação de uma área de livre comércio na América do Sul reuniu, originariamente, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. A Venezuela aderiu em julho de 2006. Ao longo da primeira década deste século, o MERCOSUL tem enfrentado dificuldades diversas, que incluíram a grave crise econômica da Argentina, em 2002, e seguidos conflitos de interesses. O NAFTA - Tratado Norte-Americano de Livre Comércio, firmado entre Canadá, México e Estados Unidos, está em vigor desde l[2].1.1994. Sobre a União Européia, v. nota infra.

35 A esse propósito, v. J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2000, p. 675: "Em geral, dizia-se e ensinava-se que a Constituição representava o vértice de um sistema de normas construído sob a forma de pirâmide jurídica que, na sua globalidade, formava a ordem jurídica. Este modelo não tem hoje virtualidades suficientes para captar o relevo jurídico do direito internacional e do direito comunitário. Não há um vértice com uma norma superior; no estalão superior situam-se vários ordenamentos superiores - ordenamento constitucional, ordenamento internacional e ordenamento comunitário - cuja articulação oferece inequívocas dificuldades, sobretudo quando qualquer desses ordenamentos disputa a supremacia normativa ou, pelo menos, a aplicação preferente de suas normas e princípios".

36 O tratado criando a Constituição europeia foi assinado em Roma, em 22.10.2004, e publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 16.12.2004. Nele se previa a entrada em vigor em 1[2].11.2006, se tivessem sido depositados todos os instrumentos de ratificação, o que não aconteceu. Há outra previsão, no sentido de que entrará em vigor no primeiro dia do segundo mês seguinte ao do depósito do instrumento de ratificação do Estado signatário que proceder a esta formalidade em último lugar (art. 447). Sobre o tema, com um olhar latino- -americano, v. Agustín Gordillo, The draft EU Constitution and the world order, European Public Law Series, v. LXIII. Na literatura brasileira, v. José Ribas Vieira (org.), A Constituição europeia, 2004.

significa, em essência limitarão do poder e supremacia da lei

(Estado de direito, rule of law, Rechtsstaat). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. Em princípio, cabe à jurisdição constitucional efetuar esse controle e garantir que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição.

Não por acaso, portanto, é recorrente na doutrina o debate acerca do fundamento democrático da jurisdição constitucional, das origens até os dias de hoje". A subsistência da polêmica e a busca constante de legitimação nas relações entre o constituinte e o legislador revelam um imperativo dos tempos modernos: o de harmonizar a existência de uma Constituição - e dos limites que ela impõe aos poderes ordinários[38] - com a liberdade necessária às deliberações majoritárias, próprias do regime democrático. As perguntas que desafiam a doutrina e a jurisprudência podem ser postas nos termos seguintes: por que um texto elaborado décadas ou séculos atrás (a Constituição) deveria limitar as maiorias atuais? E, na mesma linha, por que se deveria transferir ao Judiciário a competência para examinar a validade de decisões dos representantes do povo?

37 O tema é objeto de volumosa literatura nos Estados Unidos. Vejam-se, exemplificativãmente: John Hart Ely, Democracy and distrust, 1980; Alexander M. Bickel, The least dangerous branch, 1986; Charles Black Jr., The people and the court, 1960; Herbert Wechsler, Towards neutral principies of constitutional law, Harvard Law Review, 73:1, 1959; Robert Bork, Neutral principies and some first amendment problems, Indiana Law Journal, 47:1, 1971; Bruce Ackerman, Beyond Carolene Products, Harvard Law Review, 98:713, 1985; Ronald Dworkin, Taking rights seriously, 1997; Edwin Meese III, The law of the Constitution, Tulane Law Review, 61:979, 1987; Rebecca I. Brown, Accountability, liberty, and the Constitution, Columbia Law Review, 98:531, 1998. Na doutrina europeia, vejam-se: Robert Alexy, Teoria de la argumentación jurídica, 1997; Jürgen Habermas, Direito e democracia: entre faticidade e validade, 1997, 2 v.; Peter Hàberle, Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, 1997; Eduardo Garcia de Enterría, La Constitución como norma y el tribunal constitucional, 1991. No Brasil, vejam-se: Willis Santiago Guerra Filho, Derechos fundamentales, proceso y principio de la proporcionalidad, Separata de Ciência Tomista, Salamanca, t. 124, n. 404, 1997; Oscar Vilhena Vieira, A Constituição e sua reserva de justiça, 1999; Cláudio Pereira de Souza Neto, Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática, 2002; José Adércio Leite Sampaio, A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional, 2002, p. 60 e s. ("Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais

do regime de constitucionalidade no Brasil"); Gustavo Binenbojm, A nova jurisdição constitucional brasileira, 2001.

38 Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, Dicionário de política, 1999, v. 1, p. 257. Sobre outros aspectos da relação entre constitucionalismo e democracia, como a noção de liberdade e os conceitos de povo, soberania e Estado, veja-se o mesmo livro, p. 256 e s.

As respostas a essas indagações já se encontram amadurecidas na doutrina contemporânea[39] e podem ser resumidas como se faz a seguir. A Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais[40]. Esses consensos elementares, embora possam variar em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país[41], envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização dos Poderes constituídos[42] e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa.

Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais imprimem à política e à legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder. Há um conjunto de decisões que não podem ser subtraídas dos órgãos eleitos pelo povo a cada momento histórico. A Cons

39 Sobre o assunto, vejam-se: John H. Ely, Democracy and distrust: a theory of judicial review, 1980, caps. 5 e 6; Eduardo Garcia de Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 2006, p. 167-251; Alexander M. Bickel, The least dangerous branch, 1986, p. 1-33; J. C. Vieira de Andrade, Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria, in Legitimidade e legitimação da justiça constitucional, colóquio no 10^{2} aniversário do Tribunal Constitucional, 1995, p. 80 e s.; e Francisco Lucas Pires, Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria, in Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10^{2} aniversário do Tribunal Constitucional, 1995, p. 167 e s.

40 Landelino Lavilla, Constitucionalidad y legalidad. Jurisdicción constitucional y poder legislativo, in Antonio López Pina (org.), División de poderes y interpretación: hacia una teoria de la praxis constitucional, 1997, p. 58-72; Tomás de la Quadra, Antonio La Pergola, Antonio Hernández Gil, Jorge Rodríguez-Zapata, Gustavo Zagrebelsky, Francisco P. Bonifácio, Erhardo Denninger e Conrado Hesse, Métodos y critérios de interpretación de la Constitución, in Antonio López Pina (org.), División de poderes y interpretación: hacia una teoria de la praxis

constitucional, 1997, p. 134; e Francisco Fernández Segado, La teoria jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Espanola de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional, Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, 121:77, 1994: "(...) los derechos son, simultaneamente, la conditio sine qua non dei Estado constitucional democrático".

41 V. J. J. Gomes Canotilho, Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo, Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, 15:1, 1996.

42 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 16: "Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está em segurança, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição".

tituição não pode, não deve nem tem a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária[43].

As noções expostas até aqui correspondem não apenas ao conhecimento convencional na matéria, sob a ótica da teoria constitucional e da teoria democrática, como também foram igualmente abrigadas no direito constitucional positivo brasileiro. De fato, na Constituição de Í988, determinadas decisões políticas fundamentais do constituinte originário são intangíveis (art. 60, § 42) e nela se estabeleceu um procedimento legislativo especial para a aprovação de emendas constitucionais (art. 60). De outra parte, o texto faz expressa opção pelo princípio democrático e majoritário (art. I[2], caput, e parágrafo único), define como princípio fundamental o pluralismo político (art. I[2], V) e distribui competências pelos órgãos dos diferentes Poderes e estruturas constitucionais (Título IV, arts. 44 e s.). Há um claro equilíbrio entre constitucionalismo e democracia, que não pode nem deve ser rompido pelo intérprete constitucional.

Longe de serem conceitos antagônicos, portanto, constitucionalismo e democracia são fenômenos que se complementam e se apoiam mutuamente no Estado contemporâneo[44]. Ambos se destinam, em última análise, a prover justiça, segurança jurídica e bem-estar social. Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia a dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo. No mundo moderno, sem embargo dos múltiplos modelos constitucionais que podem ser adotados, qs. objetivos últimos da Constituição podem ser assim sistematizados:

43 No sentido do texto, v. a tese de doutorado de Ana Paula de Barcellos, publicada em edição comercial sob o título Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005; e Luís Roberto Barroso, Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista.

Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário, in Temas de direito constitucional, 2005, t. III, p. 279 e s.

44 Na teoria democrática e na filosofia constitucional contemporânea, essa conciliação vem sendo amplamente explorada. Tem ganhado adesão a idéia de que, na configuração moderna do Estado e da sociedade, a idéia de democracia já não se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes, nem tampouco às manifestações das instâncias formais do processo majoritário. Na democracia deliberativa, o debate público amplo, realizado em contexto de livre circulação de idéias e de informações, e observado o respeito aos direitos fundamentais, desempenha uma função racionalizadora e legitimadora das decisões políticas. Sobre o tema, v. John Rawls, A theory of justice, 1999 (a lâ edição é de 1971); Jürgen Habermas, Direito e democracia: entre facticidade e validade, 1989; Carlos Santiago Nino, La Constitución de la democracia deliberativa, 1997; Gisele Citadino, Pluralismo, direito e justiça distributiva, 1999; e a tese de doutorado de Cláudio de Souza Pereira Neto, Teoria constitucional e democracia deliberativa, publicada em edição comercial, sob o mesmo título, no ano de 2006.

a) institucionalizar um Estado democrático de direito, fundado na soberania popular e na limitação do poder;

b) assegurar o respeito aos direitos fundamentais, inclusive e especialmente os das minorias políticas;

c) contribuir para o desenvolvimento econômico e para a justiça social;

d) prover mecanismos que garantam a boa administração, com racionalidade e transparência nos processos de tomada de decisão, de modo a propiciar governos eficientes e probos.

Democracia, direitos fundamentais, desenvolvimento econômico, justiça social e boa administração são algumas das principais promessas da modernidade. Estes os fins maiores do constitucionalismo democrático, inspirado pela dignidade da pessoa humana, pela oferta de iguais oportunidades às pessoas, pelo respeito à diversidade e ao pluralismo[45], e pelo projeto civilizatório de fazer de cada um o melhor que possa ser.

Adota-se aqui, portanto, uma visão substancialista, e não procedimenta- lista da Constituição e da jurisdição constitucional. No ambiente da democracia deliberativa[46], a Constituição deve conter - e juizes e tribunais devem implementar - direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática: justiça, liberdade e igualdade. Os substancialistas manifestam sua adesão explícita a esses valores e admitem o controle do resultado das deliberações políticas que supostamente os contra- venham. Já os procedimentalistas não concebem o papel do intérprete constitucional como o de um aplicador de princípios de justiça, mas como um fiscal do

funcionamento adequado do processo político deliberativo.

45 Diversidade e pluralismo são conceitos próximos, mas não sinônimos. Na acepção aqui empregada, respeito à diversidade significa a aceitação do outro, o respeito à diferença, seja ela étnica, religiosa ou cultural. Respeito ao pluralismo significa reconhecer que existem diferentes concepções de mundo e de projetos de vida digna, que devem conviver e não devem ter pretensão de hegemonia.

46 Na configuração moderna do Estado e da sociedade, a idéia de democracia já não se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes, nem tampouco às manifestações das instâncias formais do processo majoritário. Na democracia deliberativa, o debate público amplo, realizado em contexto de livre circulação de idéias e de informações, e observado o respeito aos direitos fundamentais, desempenha uma função racionalizadora e legitimadora de determinadas decisões políticas. Sobre o tema, v. John Rawls, A theory of justice, 1999; Jürgen Habermas, Direito e democracia: entre facticidade e validade, 1989; Carlos Santiago Nino, La Constitución de la democracia deliberativa, 1997; Gisele Citadino, Pluralismo, direito e justiça distributiva, 1999. V. tb. Cláudio de Souza Pereira Neto, Teoria constitucional e democracia deliberativa, 2006, p. 11: "O primeiro concebe a deliberação como um processo de aplicação de princípios de justiça: fornece, com isso, uma versão substantiva de democracia deliberativa. O segundo compreende que a deliberação deve permanecer aberta quanto aos resultados, considerando, como únicas restrições defensáveis, as que dizem respeito a suas próprias condições procedimentais. O seu modelo é procedimental".

Assim, para o procedimentalismo, só se devem extrair da Constituição as "condições procedimentais da democracia", cabendo à jurisdição constitucional proteger tais condições, evitando que se desintegrem por via da atividade legislativa. Em suma: na busca do equilíbrio entre constitucionalismo e democracia, os substantivistas dão ênfase aos princípios de justiça (i.e., aos direitos fundamentais) e os procedimentalistas, ao princípio majoritário[47]. Deve-se reconhecer, no entanto, a existência de uma larga zona de interseção entre as duas concepções, mais expressiva do que suas diferenças[48].

Outro debate da filosofia constitucional americana, do qual se faz mero registro didático, é o que contrapõe liberais e comunitaristas. De forma simplificada, os liberais valorizam a liberdade como autonomia privada (liberdade dos modernos), defendem o mercado como forma de administração da escassez e creem na existência de uma concepção de justiça de caráter universal, que pode ser compartilhada por todos[49]. Os comunitaristas rejeitam uma idéia de justiça que seja imparcial, dissociada das circunstâncias sociais e dos interesses dominantes na sociedade e valorizam a liberdade como autonomia pública, isto é, como participação política (liberdade dos antigos). Os comunitaristas dão menos ênfase aos direitos fundamentais como trunfos contra a deliberação majoritária e mais

atenção às idéias de soberania popular

47 Esse debate é predominantemente - mas não exclusivamente - americano. Na vertente substancialista, vejam-se especialmente: John Rawls, A theory of justice, 1999; Liberalismo político, 2000; e tb. Ronald Dworkin, Taking rights seriously, 1997; Freedom 's law: the moral reading of the American Constitution, 1999; O império do Direito, 1999. Na vertente procedimentalis- ta, vejam-se especialmente: John Hart Ely, Democracy anddistrust: a theory of judicial review, 1980; e tb. Jürgen Habermas, Direito e democracia entre faticidade e validade, 1997. Para um debate aprofundado da questão, em língua portuguesa, v. a obra referida acima de Cláudio Pereira de Souza Neto, Teoria constitucional e democracia deliberativa, 2006.

48 Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, Revista de Direito Administrativo, 240:83, 2005, p. 88: "É bem de ver que o conflito substancialismo versus procedimentalismo não opõe realmente duas idéias antagônicas ou totalmente inconciliáveis. O procedimentalismo, em suas diferentes vertentes, reconhece que o funcionamento do sistema de deliberação democrática exige a observância de determinadas condições, que podem ser descritas como opções materiais e se reconduzem a opções valorativas ou políticas. Com efeito, não haverá deliberação majoritária minimamente consciente e consistente sem respeito aos direitos fundamentais dos participantes do processo deliberativo, o que inclui a garantia das liberdades individuais e de determinadas condições materiais indispensáveis ao exercício da cidadania".

49 Sem embargo, o liberalismo político, tal qual sustentado contemporaneamente, não se confunde com o liberalismo econômico. O laissezfaire é hoje defendido por uma vertente do pensamento político que muitas vezes se apresenta como antagônica às teorias liberais da justiça: o libertarianismo, cujo propósito é justamente minimizar a intervenção estatal no domínio econômico. V. Friedrich Hayek, The constitution ofliberty, 1960; Robert Nozick, Anarquia, Estado e utopia, 1991.

e solidariedade[50], defendendo a necessidade de se proteger o conjunto de valores compartilhado historicamente por determinado grupo social.

50 Na vertente liberal, é possível alinhar os dois autores substancialistas citados acima: John Rawls e Ronald Dworkin. Dentre os comunitaristas, é possível destacar: Michael Walzer, As esferas da justiça: em defesa do pluralismo e da igualdade, 1999; Charles Taylor, Democracia incluyente: la dinâmica de la exclusión democrática, Metapolítica, v. 5, n. 18, 2001; Michael Sandel, Liberalism and the limits of justice, 2006; e Bruce Ackerman, We the people, 1993. Para uma densa reflexão sobre o tema, em língua portuguesa, v. Gisele Citadino, Pluralismo e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea, 1999, em cuja

Introdução averbou com propriedade, à p. 3: "Ressalte-se, desde logo, que nestes últimos anos filósofos políticos, filósofos do direito e constitucionalistas têm estabelecido uma sólida troca de impressões acerca da estrutura normativa mais adequada ao ideal de uma sociedade justa. De resto, é cada dia mais difícil definir com precisão estas fronteiras".

CAPÍTULO IV
PODER CONSTITUINTE

Sumário: I - Conceito, origens e generalidades. II - Processos constituintes e modelos constitucionais. III - Titularidade e legitimidade do poder constituinte. IV - Natureza e limites do poder constituinte. 1. Condicionamentos pré-constituintes. 2. Condicionamentos pós-constituintes. V - Procedimento. VI - Poder constituinte e legitimidade democrática.

I CONCEITO, ORIGENS E GENERALIDADES

Assim como é possível falar de uma Constituição histórica, cuja existência antecedeu à compreensão teórica do fenômeno constitucional, também o poder constituinte, como intuitivo, está presente desde as primeiras organizações políticas. Onde quer que exista um grupo social e poder político efetivo, haverá uma força ou energia inicial que funda esse poder, dando-lhe forma e substância, normas e instituições. A teoria do poder constituinte, envolvendo especulações acerca de sua natureza, titularidade e limites, é que só recebeu elaboração em época mais recente[2]. Seu desenvolvimento remonta ao advento do

1 Antonio Negri, 0 poder constituinte, 2002; Bruce Ackerman, We the people: foundations, 1995; Carl Schmitt, Teoria de la Constitución, 2001; Carlos Ayres Britto, Teoria da Constituição, 2003; Celso Ribeiro Bastos, Curso de direito constitucional, 1999; Eduardo Garcia de Enterría, La Constitución espanola de 1978 como pacto social y como norma jurídica, 2003; Emmanuel Joseph Sieyès, A constituinte burguesa: qu'est-ce que le Tiers État?, 1986; Emmanuel Sur, Le pouvoir constituant n'existe pás! Réflexions sur les voies de la souveraineté du peuple, in Mélanges en Vhonneur de Dmitri Georges Lavroff: la Constitution et les valeurs, 2005; François Furet e Mona Ozouf, Dicionário crítico da Revolução Francesa, 1989; Herman Heller, Teoria dei Estado, 1987; Ignácio de Otto, Derecho constitucional: sistema de fuentes, 1998; Jon Elster, Ulysses unbound, 2000, e Forces and mechanisms in the Constitution-making process, Duke Law Journal, 45: 364, 1995; J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003; José Adér- cio Leite Sampaio, Quinze anos de Constituição, 2004; José Afonso da Silva, Poder constituinte e poder popular, 2000; Klaus Stern, Derecho dei Estado de la República Federal Alemana, 1987; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, O poder constituinte, 1985; Michel Rosenfeld, The problem of "identity" in Constitution-making and constitutional reform, in Social Science Research Network (http://ssrn.com/abstract=870437), 2005; Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, András Sajó e Susanne Baer, Comparative constitutionalism, 2003; Olivier Duhamel e Yves Mény, Dictionnaire constitutionnel, 1992; Oscar Vilhena

Vieira, A Constituição e sua reserva de justiça, 1999; Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 2003; Pedro de Vega, La reforma constitucional y la problemática dei poder constituyente, 1999; Raymundo Faoro, Assembleia constituinte: a legitimidade recuperada, 1981; Raul Machado Horta, Direito constitucional, 2002; Vicki Jackson e Mark Tushnet, Comparative constitutional law, 1999.

2 V., por todos, Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 2003, p. 141: "Cumpre todavia nãb confundir o poder constituinte com a sua teoria. Poder constituinte sempre houve em toda sociedade política".

constitucionalismo moderno, em um ambiente dominado pelas aspirações de racionalidade do iluminismo, do jusnaturalismo e do contratualismo. As noções de poder constituinte, soberania e legitimidade política iniciam sua longa e acidentada convivência.

A primeira Constituição escrita do mundo moderno foi a americana, elaborada pela Convenção da Filadélfia, de 1787. Fora precedida por diversas constituições estaduais das antigas colônias inglesas na América do Norte[3]. E, antes delas, por inúmeras declarações de direitos[4]. Não houve, nos Estados Unidos, um debate prévio mais sofisticado acerca do tema do poder constituinte e suas implicações. A Constituição surgiu como um fato histórico, obra de estadistas e legisladores, não de filósofos[5]. É certo que, a posteriori, já durante o processo de ratificação, produziu-se um conjunto de escritos explicativos do documento aprovado, que viriam a tornar-se - reunidos em um volume - um clássico da ciência política[6].

A Constituição francesa de 1791 foi contemporânea da Constituição americana, mais por coincidência histórica do que por afinidades nas suas causas e conseqüências. Nos Estados Unidos, a Constituição foi o momento de conclusão de um processo revolucionário - ou, mais propriamente, da emancipação da colônia em relação à metrópole. Na França, ao revés, o processo constituinte deflagrou o movimento revolucionário, que teve como marco inicial a convocação dos Estados-Gerais e sua conversão em assembleia nacional constituinte[7].

3 Antes da Constituição norte-americana de 1787, diversas das colônias já haviam promulgado constituições, algumas mais de uma vez. Confira-se: Delaware (1776), Maryland (1776), New Hampshire (1776), New Jersey (1776), North Carolina (1776), Geórgia (1777), Pennsylvania (1776), South Carolina (1776 e 1778), Virgínia (1776), New York (1777), Vermont (1777 e 1786), Massachusetts (1780).

4 E.g., a Declaração de Virgínia é de 12 de junho de 1776.

5 Thomas L. Pangle, The philosophic understanding of human nature informing the Cons- titution, in Allan Bloom (ed.), Confronting the Constitution, 1990, p. 9. V. tb. Oscar Vilhena Vieira, A Constituição e sua reserva de justiça, 1999, p. 43.

6 Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, The Federalist. V. edição com introdução e comentários históricos de J. R. Pole, 2005.

7 Relembre-se o quadro histórico. O Antigo Regime encontrava-se em declínio e uma grave crise econômica, política e social afetava a França. Os tributos que oneravam o Terceiro Estado não eram suficientes para custear as despesas, que incluíam a dispendiosa corte de Versalhes, um exército mercenário e as guerras freqüentes na disputa pela hegemonia europeia. O clero e a nobreza resistiam às reformas fiscais pretendidas por Luís XVI e pressionaram pela convocação dos Estados-Gerais. "Com isso, não só o absolutismo seria liquidado, como também os privilégios da nobreza e do clero. Sem perceber, a aristocracia abriu sua própria cova". V. Luiz Koshiba e Denise Frayse Pereira, História do Brasil, 1993, p. 123; e François Furet e Mona Ozouf, Dictionnaire critique de la Révolution Française, 1988.V. tb. Débora Cagy da Silva, O poder constituinte originário e sua limitação pelos direitos humanos, 2003, mimeografado (monografia de final de curso escrita sob minha orientação).

Foi nesse ambiente que Sieyès desenvolveu e divulgou a formulação teórica que o tornaria célebre[8].

Em opúsculo clássico, intitulado Qu 'est-ce que le Tiers État?, escrito no curso do processo revolucionário francês[9], Emmanuel Joseph Sieyès[10] apresentou as reivindicações do Terceiro Estado (a rigor, da burguesia) em face dos estamentos privilegiados, sobretudo a aristocracia[11]. Após identificar o terceiro estado com a nação, formulou ele a distinção essencial entre poder constituinte e poder constituído. O poder constituinte, incondicionado e permanente, seria a vontade da nação, só encontrando limites no direito natural. O poder constituído, por sua vez, receberia sua existência e suas competências do primeiro, sendo por ele juridicamente limitado. Estavam assentadas as bases políticas da supremacia constitucional[12]. Para dar viabilidade prática à teoria e legitimar a

8 Comemorando o seu próprio feito, afirmou Sieyès: "Uma idéia sã e proveitosa se estabeleceu em 1788: a divisão entre poder constituinte e poderes constituídos. Há de figurar como uma das descobertas que fizeram a Ciência dar um passo à frente e se deve aos franceses". Esta passagem se encontra em Carré de Malberg, Contributionàla theorie générale de VÉtat, 1922, p. 512, e também em H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1966, p. 921, apud Klaus Stern, Derecho, dei Estado de la República Federal Alemana, 1987, p. 315.

9 Há uma versão em português, sob o título de A constituinte burguesa, 1986, organizada por Aurélio Wander Bastos, que averbou na Introdução: "O livro não antecede à Revolução, nem ao menos lhe sucede: sua dinâmica é a dinâmica da própria Revolução".

10 À época simples cônego de Chartres, Sieyès tinha

dificuldades em ascender na carreira eclesiástica além de um certo ponto, por não ter ascendência nobre. De modo que trazia em si esse ressentimento por ocasião da convocação dos Estados-Gerais, em 1788. Sua percepção do momento revolucionário e seus escritos sobre o tema tornaram-no o primeiro e mais profundo teórico da Revolução Francesa. Teve intensa participação política em diferentes fases do processo revolucionário, inclusive em um de seus últimos atos, que foi a transferência do poder a Napoleão Bonaparte. V. François Furet e Mona Ozouf, Dicionário crítico da Revolução Francesa, 1988, p. 328 e s.

11 O argumento do livro é construído em torno da resposta a três perguntas: I[a]) O que é o Terceiro Estado? Tudo. 2") O que tem sido ele, até agora, na ordem política? Nada. 3[a]) O que é que ele pede? Ser alguma coisa. Na seqüência, Sieyès formula os três pedidos ("petições") que superariam a servidão e a humilhação do povo: I - Que os representantes do Terceiro Estado sejam escolhidos apenas entre os cidadãos que realmente pertençam ao Terceiro Estado; II - Que seus deputados sejam em número igual ao da nobreza e do clero; III - Que os Estados-Gerais votem por cabeças e não por ordem.

12 Além de estabelecer a fundamentação política da supremacia constitucional, Sieyès é também um dos primeiros a propor a criação de um órgão responsável pela realização do controle de constitucionalidade das leis. Trata-se do chamado "Júri constitucional". Em seu pronunciamento na Convenção Nacional do 18 do Termidor do ano III da República, Sieyès defende que esse tribunal deveria ter como atribuições "1- - vigiar e guardar com fidelidade o depósito constitucional; 2[a] - atender, ao abrigo das paixões funestas, às idéias que possam servir para aperfeiçoar a Constituição; 3[a] - oferecer à liberdade civil uma tutela de equidade natural naquelas ocasiões graves em que a Lei tenha esquecido sua justa garantia".

Assembleia Nacional como poder constituinte, Sieyès afastou-se da doutrina rousseauniana da vontade geral e da necessidade de participação direta de cada indivíduo, substituindo-a pelo conceito de representação política". A soberania popular rousseauniana foi substituída pela idéia de "soberania nacional"'[4].

Essas, portanto, as origens históricas modernas do poder constituinte e de sua teoria. Em pouco mais de duzentos anos de existência, o conceito conservou seu núcleo essencial, mas sofreu variações significativas de conteúdo. Trata-se do poder de elaborar e impor a vigência de uma Constituição. Situa-se ele na confluência entre o Direito e a Política, e sua legitimidade repousa na soberania popular. Modernamente, a reaproximação entre o Direito e a Ética, assim como a centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, inspiram a percepção da existência de limites ao poder constituinte, a despeito das dificuldades teóricas que o tema suscita e das complexidades de sua efetivação.

Na seqüência do capítulo, faz-se o registro de alguns ciclos e experiências históricas que merecem destaque, bem como a análise de questões recorrentes na teoria do poder constituinte: quem o exerce (titularidade), como o exerce (procedimento), com qual fundamento (natureza) e dentro de que condicionamentos (limites).

II PROCESSOS CONSTITUINTES E MODELOS CONSTITUCIONAIS

Desde o surgimento do Estado liberal, na segunda metade do século XVIII, o mundo viveu algumas ondas de constitucionalização, com a elaboração de

V. Emmanuel Sieyès, Opinión de Sieyès sobre Ias atribuciones y organización dei tribunal constitucional, pronunciada en la Convención nacional el 18 de Thermidor, ano III de la República, in De la revolución: estúdio preliminar, s.d., p. 277.

13 Sobre o tema, v., dentre muitos, Pedro de Vega, La reforma constitucional y la problemática dei poder constituyente, 1999, p. 32; François Furet e Mona Ozouf, Dicionário crítico da Revolução Francesa, 1988, p. 328 e s.; Celso Ribeiro Bastos, Curso de direito constitucional, 1999, p. 21 e s.; e Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 2003, p. 145: "Engenhosamente, trata pois Sieyès de inserir o poder constituinte na moldura do regime representativo, de modo que se atenuem assim as conseqüências extremas oriundas do sistema de soberania popular conforme o modelo de Rousseau. A fórmula é sabida: o poder constituinte, distinto dos poderes constituídos, é do povo, mas se exerce por representantes especiais (a Convenção)".

14 Para Sieyès, A constituinte burguesa, 1986, p. 69, a nação é "um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura". A preocupação de Sieyès era com a superação dos privilégios feudais. Uma nação de iguais poderia, portanto, ser representada pelos mesmos legisladores, não sendo necessária a participação direta do povo nem no momento de aprovação da constituição nem tampouco na atividade legislativa ordinária.

constituições por diferentes Estados, dentro de determinado período e circunstâncias históricas. Um autor identificou sete ciclos diversos[15]:

1) entre 1780 e 1791, inúmeros Estados situados no continente americano, inclusive os Estados Unidos da América, assim como a Polônia e a França elaboraram constituições escritas;

2) em 1848, um conjunto de revoluções ocorridas na Europa produziu constituições em mais de cinqüenta países, levando em conta, para esse fim, os inúmeros pequenos Estados que viriam a constituir a Itália e a Alemanha;

3) após a Primeira Guerra Mundial, foram criados ou recriados Estados como a Polônia e a Tchecoslováquia, e na Alemanha entrou em vigor a Constituição de Weimar;

4) após a Segunda Guerra Mundial, as nações derrotadas adotaram novas Constituições, sob tutela mais ou menos estrita dos aliados;

5) com o fim dos impérios coloniais, uma nova onda se formou. Começou com índia e Paquistão, na década de 40, e chegou ao seu ápice ao longo da década de 60, envolvendo países como Costa do Marfim, Gana e Nigéria;

6) com o fim das ditaduras no sul da Europa, nos anos 70, Portugal, Espanha e Grécia ganharam novas constituições democráticas;

7) e, por último, com o fim das ditaduras latino-americanas, na década de 80, e com a derrocada do comunismo na Europa oriental e central, na virada para a década de 90, inúmeros países adotaram novas constituições.

Do exame dos eventos históricos referidos, é possível determinar e sistematizar os cenários políticos em que mais comumente se dá a manifestação do poder constituinte, com a elaboração de novas constituições. São eles: a) uma revolução; b) a criação de um novo Estado (normalmente pela emancipação de uma colônia ou pela libertação de algum tipo de dominação); c) a derrota na guerra; d) uma transição política pacífica. O poder constituinte se diz fun- dacional ou pós-fundaáonal, conforme resulte na formação originária de um Estado ou apenas na reordenação de um Estado preexistente. Contemporane- amente, o mundo assiste ao processo de criação de uma Constituição pela via do tratado internacional, como se passa na União Europeia. Trata-se, todavia, de fenômeno ainda inacabado e que enfrenta momentos de incerteza[16].

15 Jon Elster, Forces and mechanisms in the Constitution-making process, Duke Law Journal, 45:364, 1995, p. 368 e s. A identificação de ciclos não tem, naturalmente, a pretensão de incluir todos os eventos constituintes, mas apenas os momentos de especial significação.

16 Sobre o tema, vejam-se Michel Rosenfeld, The problem of "identity" in Constitution- making and constitutional reform, in Social Science Research Network (http://ssrn.com/ abstract=870437), 2005, p. 17; e Norman Dorsen et al, Comparative constitutional law, 2003, p. 72. Em visão mais analítica dos diferentes cenários, assinalou Jon Elster, Forces and mechanisms in the Constitution-making process, Duke Law Journal, 45:364, 1995, p. 371: "Identifico

A revolução está na origem do constitucionalismo moderno[17]. A experiência inglesa, embora tenha tido a marca da "Revolução Gloriosa", não se ajusta bem às categorias aqui exploradas, haja vista a natureza histórica e evolutiva de sua Constituição, que não teve um marco zero consubstanciado em uma carta escrita. A Constituição americana, por sua vez, elaborada mais de dez anos após a Declaração de Independência, ajusta-se mais adequadamente ao segundo cenário - criação de um novo Estado, após a libertação do jugo colonial. Desse modo, das três experiências precursoras do constitucionalismo liberal, revolucionário

mesmo foi o ambiente em que elaborada e aprovada a Constituição francesa de 1791. Na experiência constitucional recente, também teve origem revolucionária, embora menos dramática, a Constituição portuguesa de 1976. Para fins de sistematização, enquadram-se nesse cenário as constituições elaboradas após golpes de Estado, marca indelével do constitucionalismo latino- - americano do século XX[18].

A criação de um novo Estado, normalmente pela emancipação em relação a um poder externo dominante, também constitui cenário típico. A partir da era dos descobrimentos, potências europeias se expandiram por diferentes partes do mundo, formando colônias inglesas, francesas, holandesas, espanholas e portuguesas. O processo de emancipação desses Estados coloniais levou a uma

um número variado de circunstâncias que induzem ao processo de elaboração de uma constituição. Primeiro, uma crise social ou econômica, como na elaboração da Constituição americana de 1787 ou da Constituição francesa de 1791. (...) Segundo, há a revolução, como na elaboração da Carta da França de 1830 ou das Constituições da França e da Alemanha de 1848. Terceiro, há o colapso do regime, como na elaboração de novas constituições no sul da Europa em meados dos anos 70 e na Europa oriental no início dos anos 90. Quarto, há o temor do colapso do regime, como na elaboração da Constituição francesa de 1958, que foi imposta por De Gaulle sob a sombra de uma rebelião militar. (...) Quinto, há a derrota na guerra, como na Alemanha após a Iª e a 2- Guerra, ou na Itália e no Japão após a 2-, Sexto, há a reconstrução após a guerra, como na França em 1946. Sétimo, há a criação de um novo Estado, como na Polônia e na Tchecoslováquia após a 1- Guerra Mundial. Oitavo e finalmente, há a liberação do regime colonial, como nos Estados Unidos em 1776 e em muitos países do terceiro mundo após 1945".

17 Sobre o conceito de revolução, v. Hannah Arendt, On revolution, 1986. V. tb. Ralph Dahrendorf, Reflexões sobre a revolução na Europa, 1993, p. 14.

18 No Brasil, por exemplo, as Constituições de 1934, 1946 e 1967 seguiram-se à deposição de governos. A atribuição de caráter revolucionário a golpe de Estado foi o fundamento inicial do regime militar implantado a partir de 1964, quando da edição do Ato Institucional n. 1: "A revolução vitoriosa se investe no exercício do poder constituinte. Esse se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do poder constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como poder constituinte, se legitima por si mesma". Para uma interessante análise comparativa entre o constitucionalismo americano e o latino- -americano, com ênfase no contraste entre "rule of the law" e "golpismo", v. Keith Rosenn, The success of constitutionalism in the United States and its failure in Latin America: an ex- planation, Inter-American Law Review, 22:1, 1990.

intensa produção constitucional, tendo por marco inicial os

Estados Unidos, ainda no século XVIII. Ao longo do primeiro quarto do século XIX, a maior parte das colônias espanholas na América Latina se tornou independente, aprovando constituições. O Brasil libertou-se de Portugal em 1822, adotando sua primeira Constituição em 1824. Colonizados em um momento posterior, os países da Ásia e da África tornaram-se independentes após a Segunda Guerra Mundial e ao longo da segunda metade do século XX, iniciando-se com índia e Paquistão, em 1947, e encerrando-se com Angola e Moçambique após a Revolução portuguesa de 1974. Na última década do século passado, inúmeros novos países se formaram, com a desintegração da Iugoslávia[19] e da União Soviética[20].

Ao longo do século XX, a derrota na guerra foi fator de reconstitucionaliza- ção de diversos países. Ao fim da Primeira Guerra Mundial, a Alemanha adotara a Constituição de Weimar, de 1919. A derrota na Segunda Guerra Mundial levou à elaboração de novas constituições nos três grandes derrotados: Alemanha, Japão e Itália. Na Alemanha, as potências aliadas vitoriosas impuseram a adoção de uma Constituição que satisfizesse condições mínimas relativas à forma federal de governo e à preservação dos direitos e liberdades individuais[21]. Em maio de 1949 foi promulgada a Lei Fundamental de Bonn. No Japão, houve interferência direta das forças de ocupação, especialmente dos Estados "Unidos, induzindo à adoção de um modelo democrático, com a proteção de direitos individuais e a limitação dos poderes do imperador[22]. A Constituição do Japão entrou em vigor em maio de 1947. Na Itália, Mussolini havia sido deposto em 1943, tendo o governo do Marechal Badoglio firmado a paz com os aliados e declarado guerra à Alemanha. Após um plebiscito que decidiu pela

19 Após ser dividida em 1991, a antiga Iugoslávia deu origem às seguintes unidades territoriais: Croácia; Bósnia-Herzegovina, Eslovênia, Macedônia e Sérvia e Montenegro. Esta última se dividiu novamente em 2006, dando origem às Repúblicas da Sérvia e de Montenegro.

20 Após a dissolução da União Soviética, em 25 de dezembro de 1991, quinze novos Estados viriam ingressar ou reingressar na ordem internacional. São eles: Armênia, Azerbaijão, Bie- lorrússia, Casaquistão, Estônia, Geórgia, Letônia, Lituânia, Moldávia, Quirguistão, Rússia, Turcomenistão, Tajiquistão, Ucrânia e Uzbequistão.

21 Muitos estudiosos concordam que essas "condições mínimas" impostas coincidiam com as idéias que já vinham sendo desenvolvidas pelos próprios alemães. V. Jackson e Tushnet, Comparative constitutional law, 1999, p. 258.

22 V. Norman Dorsen et al., Comparative constitutionalism, 2003, p. 72-73. V. tb. Jackson e Tushnet, Comparative constitutional law, 2003, p. 259: "O ante-projeto inicial do que veio a se tornar a Constituição foi preparado por um pequeno grupo de juristas americanos no gabinete do General Macarthur, Comandante Supremo das Potências Aliadas, sob ordens para estabelecer a proteção dos direitos

humanos, manter o imperador mas submetê-lo a controle popular, renúncia às soluções bélicas e eliminação dos resíduos aristocráticos".

implantação da República, a Constituição italiana entrou em vigor em janeiro de 1948.

O cenário de transição política pacífica dominou a elaboração constitucional no último quarto do século XX. A experiência da Espanha, após a morte de Franco, em 1975, é considerada o exemplo paradigmático de transição de um Estado autoritário para uma democracia constitucional. A Constituição espanhola em vigor é de dezembro de 1978. Na América Latina, o Brasil foi o modelo de transição bem-sucedida, numa travessia pacífica entre o ocaso do regime militar e a Constituição de 5 de outubro de 1988. Igualmente pacífica foi a transição política e a reconstitucionalização de inúmeros países da Europa oriental após o fim do comunismo, incluindo países como Polônia, Hungria, Romênia e Bulgária, que promulgaram novas constituições ou reformaram substancialmente as já existentes[23]. Na África do Sul, a transição do regime de apartheid para uma democracia multipartidária teve início em 1990 e culminou com a Constituição que entrou em vigor em fevereiro de 1997.

Por fim, uma menção ao cenário do tratado-constituição. Em 29 de outubro de 2004, foi assinado em Roma, por representantes de vinte e cinco Estados europeus[24], o "Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa". Movido pela ambição de instituir algo próximo a um "Estado europeu", o propósito do tratado é criar uma nova União Europeia, que venha a suceder juridicamente a Comunidade Europeia, criada pelo Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, e a União Europeia, criada pelo Tratado de Maastricht, de 7 de fevereiro de 1992[25]. A idéia de um tratado-constituição, suas relações com as Constituições de cada Estado-membro e a discussão sobre a existência ou não de uma identidade comum entre os diferentes povos que compõem a Europa suscitam um conjunto amplo de debates acerca das possibilidades e limites de um projeto dessa natureza[26]. Este não é o espaço para desenvolver tal reflexão. Além disso, o projeto de criação de uma Constituição europeia foi abalado por sua não ratificação, no ano de 2005, em referendos levados a efeito na França e na Holanda.

23 A Romênia e a Bulgária, por exemplo, promulgaram novas Constituições em 1991. A Hungria promoveu alterações substanciais ao texto já existente, de 1949. O mesmo ocorreu na Polônia, que adotou um Ato Constitucional, em 1992, destinado a vigorar em substituição ã Constituição de 1957 e até a promulgação de uma nova Carta, o que veio a ocorrer em 1997. Sobre o tema, na literatura jurídica brasileira, v. Marcelo Cerqueira, A constituição na História, 2007.

24 Além dos vinte e cinco Estados que já integram a União Europeia, o documento foi assinado, também, por representantes da Bulgária, Romênia e Turquia.

25 V. Miguel Gorjão-Henriques, Constituição europeia, 2004,

Prefácio.

26 Sobre o tema, v. Michel Rosenfeld, The problem of "identity" in Constitution-making and constitutional reform, in Social Science Research Network (http://ssrn.com/abstract=870437), 2005, p. 20-21.

Em meio a muitas ondas constitucionais e cenários constituintes, alguns modelos de Constituição se destacaram, seja por sua importância em si para os Estados por elas organizados, seja pela influência que exerceram sobre as Cartas elaboradas por outros países. Em registro esquemático, são elas:

a) Constituição inglesa. O modelo inglês de Constituição não escrita, desenvolvida historicamente por um processo evolutivo - e não por ato constituinte -, ainda simboliza uma experiência de sucesso, apesar de não poder ser reproduzida com viabilidade por outros povos. A denominada "democracia de West- minster" tem como marca a supremacia do Parlamento e a ausência de controle de constitucionalidade das leis, apesar de alguns temperamentos recentes (v. supra). No mundo contemporâneo, praticamente todos os Estados possuem um documento escrito denominado Constituição, salvo as exceções sempre lembradas: Reino Unido, Israel e Nova Zelândia.

b) Constituição francesa de 1958. Elaborada em uma conjuntura de crise política e militar e submetida a um processo de ratificação popular, esta Carta merece destaque pelo papel que desempenhou e por suas singularidades, antes que por sua influência para além da própria França. Instituidora da 5- República, criou um modelo semiparlamentarista (no qual o Presidente passou a ser eleito diretamente, sendo titular das competências políticas mais importantes) e previu uma forma peculiar de controle de constitucionalidade prévio, exer- tído por um Conselho Constitucional.

No início do século XXI, os dois modelos constitucionais mais influentes são:

c) Constituição americana. O primeiro sinal explícito de seu sucesso é a duração: o texto sintético, escrito com a linguagem aberta das cláusulas gerais e dos princípios, vigora desde sua ratificação, em 1791, tendo sofrido apenas vinte e sete emendas. Instituições inovadoras, como o federalismo, um modelo eficiente de separação de Poderes e o controle de constitucionalidade (judicial review), aliadas à supremacia econômica e militar que os Estados Unidos passaram a exercer após a Segunda Guerra, inspiraram inúmeras Cartas mundo afora, inclusive no Brasil, onde sua influência está presente desde a primeira Constituição republicana, de 1891.

d) Constituição alemã. A Lei Fundamental de Bonn desempenhou papel notável na superação do trauma do nazismo pelo povo alemão[27]. A atuação do

27 A esse propósito, escreveu Bruce Ackerman, The rise of world constitutionalism, Yale LawSchool Occasional Papers, n. 3, p. 6, 1997: "É impossível compreender o notável sucesso do Tribunal Constitucional

Federal - tanto em termos de sua jurisprudência como em termos de sua efetiva autoridade - sem reconhecer que a Lei Fundamental se tornou, para a sociedade em geral, um símbolo do rompimento da nação com o passado nazista. (...) Em lugar de ser um símbolo positivo de um novo começo, a Lei Fundamental poderia muito bem ter tido o mesmo destino do Tratado de Versalhes ou da Constituição de Weimar, tornando-se símbolos da desgraça nacional, a ser descartado na primeira oportunidade".

Tribunal Constitucional Federal foi fonte de uma jurisprudência rica e proteti- va da dignidade humana e dos direitos fundamentais, tornando-se referência para inúmeros Estados que se reconstitucionalizaram após a Segunda Guerra Mundial. Especialmente nos países herdeiros da tradição jurídica romano-ger- mânica, como Portugal, Espanha e Brasil, o pensamento constitucional alemão desempenhou papel marcante na reconstrução teórica de um direito constitucional democrático.

III TITULARIDADE E LEGITIMIDADE DO PODER CONSTITUINTE

O poder constituinte, como qualquer poder efetivo, envolve a manifestação de vontade de quem o exerce e o consentimento ou a sujeição de quem a ele se submete. Dificilmente será possível falar na vigência de uma Constituição onde haja desobediência ampla e generalizada. Na sua essência, portanto, o poder constituinte consiste na capacidade de elaborar uma Constituição e de determinar sua observância[28]. Nessa acepção, consiste ele em uma situação de fato[29]. Todo exercício de autoridade, no entanto, precisa ser justificado, necessita de um fundamento que o legitime. Historicamente, essa justificação foi buscada em fatores diversos: a força bruta, o poder divino, o poder dos monarcas, a nação, o povo[30].

28 O caráter de decisão política com força impositiva é enfatizado por Carl Schmitt, Teoria de la Constitución, 2001, p. 93: "Poder constituinte é a vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre modo e forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo. (...) Uma Constituição não se apoia em uma norma cuja justiça seja fundamento de sua validade. Se apoia em uma decisão política...". Veja-se, todavia, já em Herman Heller, Teoria dei Estado, 1987, cuja l[5] edição é de 1934, referência à necessidade de aceitação e justificação desse poder: "A questão da legitimidade de uma Constituição não pode, naturalmente, contestar-se referindo-se a seu nascimento segundo quaisquer preceitos jurídicos positivos, válidos com anterioridade. Mas, por outro lado, uma Constituição precisa, para ser Constituição, é dizer, algo mais do que uma relação fática e instável de dominação, para valer como uma ordenação conforme ao direito, de uma justificação segundo princípios éticos de direito".

29 V., a propósito, J. J. Gomes Canotilho, Direito

constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 65: "[N]o fundo, o poder constituinte se revela sempre como uma questão de 'poder', de 'força' ou de 'autoridade' política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política".

30 Exemplo interessante de exercício do poder constituinte como força material impositiva, cumulado com um esforço de justificação, é o já citado Ato Institucional n. 1, editado pouco após o movimento militar de 1964 pelo "Comando Supremo da Revolução", cuja redação é atribuída a Francisco Campos: "A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Esta se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expres

Portanto, o debate acerca da titularidade do poder constituinte, na teoria constitucional, não tem por objeto a descrição da força material que o exerce, mas a sua valoração ética. Trata-se de uma discussão acerca da legitimidade do poder, o que significa, em última análise, definir em quem repousa a soberania. Ao contrário dos atos infraconstitucionais e infralegais, que se sujeitam a um controle de validade em face da Constituição e das leis, a atuação do poder constituinte não é limitada pela ordem jurídica preexistente. Diante disso, só é possível aferir se ele é legítimo ou não, vale dizer, se corresponde aos valores civilizatórios e às aspirações de justiça, segurança e bem-estar da coletividade política[31].

Em um estágio mais primitivo da história da humanidade, o poder se legitimava na força bruta. A capacidade de um indivíduo sobrepujar fisicamente os demais conferia-lhe ascendência sobre o grupo. A supremacia física dava-lhe, igualmente, capacidade de melhor proteger a coletividade contra as ameaças externas, fossem as da natureza, as dos animais ou as de outros grupos humanos. O processo civilizatório consiste em um esforço de transformação da força em Direito, da dominação em autoridade[32]. Essa conversão da força bruta em poder legítimo se dá, sobretudo, pela definição e observância dos valores supremos do grupo e pelos mecanismos de obtenção do consentimento e da adesão dos destinatários do poder. Nada obstante, a força e o poder, nem sempre acompanhados da justiça, são parceiros inseparáveis em todas as sociedades políticas[33].

siva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto esteja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças ã ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o povo é o único titular".

31 Na expressão feliz de Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 2003, p. 160, trata-se de "uma reflexão que obrigatoriamente

se inclina para o exame dos valores cuja presença justifica tanto o comando como a obediência. O poder constituinte deixa de ser visto como um fato, como o poder que é ou que foi, para ser visto como um fato acrescido de um valor".

32 Sobre os tipos de dominação e a legitimidade do poder, v. página clássica de Max Weber, Economia e sociedade, 2000, v. 1, p. 141: "Há três tipos puros de dominação legítima: 1. de caráter racional: baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal), ou 2. de caráter tradicional: baseada na crença cotidiana da santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade (dominação tradicional) ou, por fim, 3. de caráter carismático: baseada na veneração extraordinária da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas (dominação carismática)".

33 Em página inspirada, escreveu Pascal, Pensamentos, 1999, p. 111-112: "A justiça sem a força é impotente; a força sem a justiça é tirânica. A justiça sem a força será contestada, porque há sempre maus; a força sem a justiça será acusada. É preciso, pois, reunir a justiça e a

O caráter divino do poder foi outro fundamento histórico de sua justificação[34]. Pelos séculos afora, a titularidade do poder máximo, do poder constituinte, recaía diretamente sobre Deus[35]. Essa a concepção que prevaleceu ao longo da Idade Média, sob o domínio da Igreja Católica e da filosofia aristotélico-to- mista. O cristianismo, na sua expressão religiosa, filosófica e política, foi por muitos séculos a principal força material existente, e é impossível exagerar sua influência sobre a evolução histórica, a cultura e as instituições que se formaram nos últimos dois mil anos. Sobretudo após a conversão de Constantino, no século IV, dá-se curso à progressiva integração entre Igreja e Estado, até que ambos se tornassem inseparáveis[36]. Somente com os primeiros sinais da modernidade e o desenvolvimento do racionalismo filosófico tem início o processo de secularização do poder.

A afirmação da soberania do monarca, titular do poder supremo, deu-se progressivamente na fase final da Idade Média, também com fundamento divino. O príncipe, rei ou monarca exercia o poder por escolha e concessão de Deus. Como conseqüência, era dependente do reconhecimento da Igreja e da bênção do Papa. Nesse ambiente, começa a se delinear, paulatinamente, o conceito de soberania, que viria a ser o lastro do absolutismo monárquico[37]. Nele se contém a idéia de supremacia interna do soberano sobre os senhores feudais e outros poderes menores, bem como de sua independência em relação a poderes externos, especialmente a Igreja Católica[38]. Com o passar do tempo.

força; e, dessa forma, fazer com que aquilo que é justo seja

forte, e aquilo que é forte seja justo. (...) A justiça está sujeita a disputas: a força é bastante reconhecível, e sem disputa. Por isso não se pôde dar a força à justiça, porque a força contradisse a justiça, afirmando que esta era injusta, e que ela é que era justa; e, assim, não podendo fazer com que o que é justo fosse forte, fez-se com que o que é forte fosse justo".

34 Sobre o tema, v. Carlos Ayres Britto, Teoria da Constituição, 2003, p. 5 e s.

35 Omnis potestas a Deo ("Todo o poder vem de Deus"). Sobre o tema, v. Carl Schmitt, Teoria de la Constitución, 2001, p. 93.

36 V. Paul Johnson, História do cristianismo, 2001, p. 152-153: "O processo de integração entre Igreja e Estado, iniciado com Constantino, prosseguiu até que ambos se tornassem inseparáveis: o império bizantino tornou-se, na verdade, uma forma de teocracia, com o imperador desempenhando funções sacerdotais e semidivinas e a Igreja Ortodoxa constituindo um departamento de Estado encarregado de assuntos espirituais. Essa conjugação perdura por mil anos, até que os resquícios do império foram invadidos pelos turcos otomanos, em meados do século XV".

37 A primeira obra teórica sobre o conceito de soberania foi de Jean Bodin, Os seis livros da República, 1576. Sobre o tema, v,, dentre muitos outros, Georg Jellinek, Teoria general dei Estado, 1981, p. 327 e s.; Hermann Heller, Teoria dei Estado, 1987, p. 261 e s.; e Dalmo de Abreu Dallari, Elementos de teoria geral do Estado, 1989.

38 V. Georg Jellinek, Teoria general dei Estado, 1981, p. 3 31: "O Estado moderno se diferencia radicalmente do antigo pelo fato de haver sido combatido, desde o seu começo, por diferentes

o conflito entre esses dois poderes se tornaria inevitável: de um lado, o poder material (temporal, secular) do monarca; e, de outro, o poder espiritual (mas com pretensão a muito mais) do Papa. Essa disputa marcou o último ciclo da Idade Média e só terminou com a consolidação do Estado moderno e a afirmação do poder temporal'[9].

O princípio monárquico em sua forma plena - isto é, o rei como titular da soberania e do poder constituinte - voltou a prevalecer na Europa em mais de um momento, mesmo depois da Revolução Francesa. Após a queda de Napoleão, teve lugar a Restauração na França (1815-1830); e, entre 1814 e 1815, o Congresso de Viena reuniu as principais casas reais europeias - inclusive o Czar

lados, e como conseqüência precisou afirmar sua existência em meio a fortes disputas. Três poderes combateram sua substância ao longo da Idade Média: primeiro a Igreja, que quis colocar o Estado a seu serviço; imediatamente depois, o Império Romano, que não quis conceder aos Estados particulares mais valor que o de meras províncias; finalmente, os grandes senhores e corporações, que se sentiam poderes independentes do Estado e acima dele".

39 V. Dalmo de Abreu Dallari, Teoria geral do Estado, 1989, p. 57. Dallari narra dois fatos ilustrativos de duas diferentes fases dessa

disputa, que revelam o sentido em que evolui: "O primeiro fato se passa no século XI. Henrique IV, Imperador da Alemanha, nomeou feudalis- tas eclesiásticos para bispados alemães, sendo tais nomeações declaradas nulas pelo Papa Gregório VII. O Imperador, inconformado e ofendido, convocou uma reunião de todos os bispos alemães, visando à deposição do Sumo Pontífice. Este, inteirado daquela iniciativa, publicou um ato de excomunhão e determinou que nenhum Estado cristão reconhecesse mais Henrique IV como Imperador, no que foi obedecido. Impotente para reagir ou resistir, o Imperador não teve outra saída, e, no dia 27 de janeiro do ano de 1077, fez a famosa peregrinação a Canossa, nos Alpes italianos, vestido de buril e com os pés nus, esperando ajoelhado na neve que o Papa lhe concedesse o perdão.

O segundo fato se passa no século XIV. Reinando na França, Filipe, o Belo, teve diversas desavenças com o Papa Bonifácio VIII. De um lado, o rei era acusado de cobrar impostos excessivos sobre os bens da Igreja na França. Acerbamente criticado pelo Papa, Filipe, por sua vez, proibiu que saísse dinheiro da França para Roma e sofreu ameaça de excomunhão. As relações eram extremamente tensas quando, em 1301, um bispo francês foi acusado de conspirar a favor da Inglaterra, sendo preso. O Papa Bonifácio VIII, não acreditando na acusação, pretendeu que o bispo fosse enviado a Roma para julgamento, condenando publicamente o ato do monarca francês. Mas a situação já era, então, bem diversa daquela do século XI. Filipe retrucou violentamente, acusando o Papa de interferência em assuntos de ordem temporal e chegando mesmo a pretender que se realizasse um concilio para depô-lo. Depois de violentos ataques verbais recíprocos, publicando-se na França um édito em que Bonifácio VIII era acusado de dissolução e de haver tramado a renúncia de seu antecessor Celestino V, chegou-se à ação mais drástica. Em setembro de 1303, quando repousava no Castelo de Anagri, o Papa foi preso pelos soldados de Filipe, o Belo, comandados por Guilherme Nogaret, distribuindo-se à população do local todos os bens do castelo. Dizendo que se submetia à autoridade do Papa em matéria espiritual, mas que não admitia sua intromissão em matéria temporal, Filipe consentiu na liberação de Bonifácio VIII três dias depois. Regressando a Roma, humilhado e abatido, o Papa morreria no mês seguinte. Era a primeira grande vitória do absolutismo, assinalando de maneira violenta a presença de um novo Estado".

da Rússia, o Imperador da Áustria e o Rei da Prússia -, procurando restabelecer a velha ordem e as prerrogativas das dinastias, mesmo as que haviam sido depostas. Nova reafirmação do princípio veio por ocasião das contrarrevoluções que se seguiram aos movimentos populares - alguns liberais, outros nacionalistas - que sacudiram a Europa em 1848 e 1849[40]. Em Portugal, o título de legitimação do poder constituinte alternou-se em sucessivas rupturas com a ordem vigente, referidas pela doutrina como descontinuidades materiais[41]. Todavia, o sentimento liberal que havia sido despertado pelas Revoluções Francesa e

Americana iria prevalecer e dominar o final do século XIX.

A idéia de soberania nacional, pela qual o poder constituinte tem como titular a nação, foi sustentada por Sieyès e teve acolhida ampla na doutrina francesa. Com tal teoria, subtraía-se o poder constituinte tanto do monarca como dos poderes constituídos. Ao combinar poder constituinte com sistema representativo, Sieyès admitiu que a Constituição fosse elaborada não diretamente pelo povo (que via como uma entidade puramente numérica), mas por uma assembleia constituinte, órgão cujos representantes eram eleitos e que expressava a vontade da nação. Sendo soberana a assembleia, a Constituição por ela elaborada não precisava ser submetida à ratificação popular. Essa foi a fórmula que prevaleceu em relação à Constituição de 1791, mas que foi posteriormente superada[42]. No Brasil, as Constituições de 1824 e 1891 invocam a soberania nacional[43].

40 V. Klaus Stern, Derecho dei Estado de la República Federal Alemana, 1987, p. 311 es.: "O problema do poder constituinte aparece em primeiro plano no século XIX, no processo constituinte monárquico, antes e depois do Congresso de Viena, quando em contraposição a Sieyès se reconheceu o poder constituinte não na nação (povo), senão no monarca". Para um panorama histórico sintético do período aqui mencionado, v. John Garraty e Peter Gay, The Columbia history ofthe world, 1988, p. 787 e s.

41 V. J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 197: "A Constituição de 1822 resulta do exercício do poder constituinte democrático (título de legitimação: a nação, o povo) materialmente distinto do poder constituinte monárquico. A Carta Constitucional de 1826 é, de novo, um momento de descontinuidade material porque ela reafirma o poder constituinte monárquico postergando o 'poder constituinte da nação' presente na Constituição de 1822. A Constituição republicana de 1911 consubstancia uma nova ruptura ou descontinuidade material ao apelar para o poder constituinte do povo com total rejeição do antigo poder constituinte monárquico. (...) Apesar das constituições de 1933 e 1976 surgirem formalmente como manifestação do poder constituinte democrático (sob a forma plebiscitária a primeira e sob a forma representativa a segunda) elas em nada se comparam quanto aos princípios estruturantes".

42 Para ficar apenas nos exemplos mais recentes, as duas últimas Constituições francesas - a de 1946 e a de 1958 - foram levadas à ratificação popular.

43 A Constituição de 1824 assim dispunha: "Art. 12. Todos estes Poderes no Império do Brazil são delegações da Nação". Na prática, todavia, ela estava mais próxima da idéia de soberania monárquica, como se extrai do seu Preâmbulo, na qual faz menção o Imperador ao

A teoria da soberania popular, isto é, de que o poder constituinte é titula- rizado pelo povo, tornou-se historicamente vitoriosa. Foi esse o fundamento invocado desde a primeira hora pelo

constitucionalismo americano. Com efeito, a tarefa de elaborar o texto constitucional foi outorgada a uma convenção, mas o produto do seu trabalho foi a seguir submetido à ratificação popular. O princípio da soberania popular é a locução inicial do preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos - "We the people" -, estando inscrito, igualmente, no preâmbulo da Constituição alemã, de 1949, e na francesa, de 1958, em meio a inúmeras outras. Na Constituição brasileira de 1988, além da referência expressa na abertura do preâmbulo - "Nós, representantes do povo brasileiro" o princípio é reiterado como norma positiva no parágrafo único do art. I2, onde se enuncia: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

A teoria democrática se fixou na concepção de que a soberania é do povo[44]. A Constituição, como regra, é elaborada por um órgão cujos membros são eleitos especificamente para esse fim. Em alguns países, a assembleia age diretamente em nome do povo e a Constituição será o produto de sua deliberação, como é a tradição brasileira. Em outros, após aprovado o texto pela assembleia ou convenção, deve ele ser submetido à ratificação popular, modelo iniciado com a Constituição americana. Uma vez concluída sua obra, o poder constituinte retorna ao seu estado de latência, cedendo lugar à norma por ele criada. A Constituição passa a ser a lei suprema e os poderes do Estado passam a ser poder constituído. Por esse mecanismo, a soberania popular se converte em supremacia da Constituição[45].

fato de súditos terem requerido que ele jurasse o Projeto de Constituição que ele lhes havia oferecido. Já a Constituição de 1891 estatuía: "Art. 15. São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si". As demais Constituições brasileiras, com maior ou menor autenticidade, reportavam-se à soberania popular.

44 Povo já não significa uma entidade mítica, mas um complexo de forças políticas plurais, como anotou J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 75, fazendo remissão a Peter Häberle e E. W. Bockenford: "Poder constituinte significa, assim, poder constituinte do povo. O povo, nas democracias actuais, concebe-se como uma 'grandeza pluralística' (P. Häberle), ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de 'opiniões', 'vontades', 'correntes' ou 'sensibilidades' políticas nos momentos preconstituintes e nos procedimentos constituintes". Para uma importante reflexão sobre este tema, v. Friedrich Müller, Fragmento sobre o poder constituinte do povo, 2004.

45 Pedro de Vega, La reforma constitucionaly la problemática dei poder constituyente, 1999, p. 34 e 40.

IV NATUREZA E LIMITES DO PODER CONSTITUINTE

A teoria original do poder constituinte foi desenvolvida por Sieyès dentro da moldura histórica e filosófica do jusnaturalismo. O poder constituinte da nação - consistente na capacidade de instituir, a qualquer tempo, uma nova ordem - encontra-se fora e acima do poder constituído, vale dizer, do sistema jurídico positivo, das instituições de poder existentes. Qualificava-se, assim, como inalienável, permanente e incondicionado, não se subordinando ao Direito preexistente. Seu fundamento de legitimidade e, consequentemente, seu limite de atuação, situa- va-se em um Direito superior, o direito natural, no qual se colheu justificação para a superação do Velho Regime e a afirmação das liberdades e direitos burgueses. Nessa perspectiva, o poder constituinte é um poder de direito, fundado não no ordenamento vigente, mas no direito natural, que existe antes da nação[46].

A essa visão contrapõe-se o positivismo jurídico, que, ao contrário do jusnaturalismo, não reconhece a possibilidade de um Direito preexistente ao Estado. Como o poder constituinte cria - ou refunda - o Estado, sendo anterior a ele, trata-se de um poder de fato, uma força política, situada fora do Direito (metajurídica, portanto) e insuscetível de integrar o seu objeto. Nesse particular, tanto o normativismo kelseniano, com a tese da norma fundamental pressuposta[47], como o decisionismo de Carl Schmitt, pelo qual a Constituição é uma vontade política com força para se impor[48], conduzem ao mesmo resultado: o de que o poder constituinte é um fato pré-jurídico, externo ao Direito[49].

46 Emmanuel Joseph Sieyès, A constituinte burguesa: qu'est-ce que le Tiers État?, 1986, p. 117: "A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural". Sobre o ponto, v. tb. Celso Ribeiro Bastos, Curso de direito constitucional, 1999, p. 21-24.

47 Kelsen concebe o ordenamento jurídico como um sistema escalonado de normas, no qual as normas inferiores têm como fundamento de validade as superiores, numa cadeia que encontra seu ápice na Constituição. A teoria não explica, porém - e deliberadamente afirma que não pretende explicar -, o fundamento de validade da própria Constituição. Afirma, ao contrário, a existência de uma norma fundamental pressuposta, cujo comando seria algo como devemos respeitar as ordens do autor da Constituição. A ciência do Direito, tal como a formula Kelsen, não teria nada a dizer sobre o conteúdo da Constituição, dada a inexistência de um parâmetro jurídico objetivo que lhe seja anterior e superior. V. Hans Kelsen, Teoria pura do Direito, 1979, p. 269: "[A] norma que representa o fundamento de validade de outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas, a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja

competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada".

48 V. Carl Schmitt, Teoria de la Constitución, 2001, p. 93.

49 Na doutrina francesa, essa posição é defendida por Carré de Marlberg, Contribution a la théoriegénérale de l'État, 1962, p. 484-486. Entre nós, foi sustentada com veemência por Celso Antônio Bandeira de Mello, Poder constituinte, Revista de Direito Constitucional, 4:69, 1983:

É fora de dúvida que o poder constituinte é um fato político, uma força material e social, que não está subordinado ao Direito positivo preexistente. Não se trata, porém, de um poder ilimitado ou incondicionado. Pelo contrário, seu exercício e sua obra são pautados tanto pela realidade fática como pelo Direito, âmbito no qual a dogmática pós-positivista situa os valores civilizatórios, os direitos humanos e a justiça. Contemporaneamente, é a observância de critérios básicos de justiça que diferencia o direito do "não direito"[50]. A força bruta não se legitima apenas pela circunstância de se travestir da forma constitucional. Deve-se enfatizar, ademais, que a separação radical entre fato e norma, entre faticidade e normatividade, já não encontra abrigo confortável na teoria jurídica contemporânea. O Direito passa a ser visto como o produto final de uma interação entre ambos.

1 Condicionamentos pré-constituintes

Os condicionamentos jurídicos estarão presentes desde o primeiro momento, envolvendo aspectos como o ato convocatório, o processo de escolha dos integrantes da assembleia ou convenção e, por vezes, até mesmo o procedimento de deliberação a ser adotado. Não é possível falar em soberania popular ou em democracia sem Direito, sem normas que disciplinem a participação de todos, em regime de liberdade e igualdade[51]. O equacionamento adequado de tais questões teve lugar nos diferentes cenários de elaboração constitucional, seja na França, seja nos Estados Unidos, na Alemanha, em Portugal ou na

"A primeira indagação que ocorreria é se o Poder Constituinte é um Poder Jurídico ou não. Se se trata de um dado interno ao mundo do direito ou se, pelo contrário, é algo que ocorre no plano das relações político-sociais, muito mais do que no plano da realidade do direito. E a minha resposta é que o chamado Poder Constituinte originário não se constitui num fato jurídico. Em rigor, as características, as notas que se apontam para o Poder Constituinte, o ser incondicionado, o ser ilimitado, de conseguinte, o não conhecer nenhuma espécie de restrição, já estão a indicar que ele não tem por referencial nenhuma espécie de norma jurídica, pelo contrário, é a partir dele que vai ser produzida a lei suprema, a norma jurídica suprema, o texto constitucional; tem-se de concluir que o Poder Constituinte é algo pré-jurídico, precede, na verdade, a formação do direito".

50 V. J. J. Gomes Canotilho, Estado de direito, 1999, p. 12. Conforme a conhecida fórmula de Radbruch, "a extrema injustiça não é direito". V. tb. Robert Alexy, La institucionalización de la justicia, 2005.

51 V. Ignacio de Otto, Derecho constitucional: sistema de

fuentes, 1998, p. 56: "[A invocação de] um poder prévio ao direito desconhece que o próprio processo de manifestação de uma vontade democrática só é possível conforme as regras que assegurem a igualdade e a liberdade dos partícipes e a veracidade do resultado: não há democracia sem direito. Por isso a própria gestação da Constituição é um processo juridicamente regrado, não um simples fato". V., tb., sobre o tema dos condicionamentos (constraints), John Elster, Forces and mechanisms in the Constitution-making process, Duke Law Journal, 45:364, 1995, p. 373 e s.

África do Sul". No Brasil, a convocação da assembleia constituinte que elaborou a Constituição de 1988 se deu por via de emenda constitucional à Carta de 1967-1969. Com efeito, a Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, previu como seriam escolhidos os constituintes, quem instalaria a assembleia constituinte e em que data, chegando a dispor, até mesmo, acerca da forma e do quorum de deliberação a ser adotado[53].

Com efeito, além de ditar as regras de instalação da assembleia constituinte, não é incomum que o poder que a convocou procure influenciar os próprios trabalhos de elaboração constitucional, pela imposição de formas[54] e, por vezes, até de conteúdos. Na Itália, por exemplo, previu-se por decreto legislativo que, contemporaneamente à eleição para a assembleia constituinte, o povo seria chamado a decidir, mediante referendum, sobre a forma institucional do Estado (República ou Monarquia). Em conseqüência da deliberação popular, a forma de governo tornou-se republicana antes mesmo da elaboração da nova Constituição. Como se verifica, a decisão nessa matéria foi retirada da constituinte e atribuída diretamente ao povo[55].

52 Na França, foi o rei quem convocou os Estados-Gerais. Nos Estados Unidos, a decisão foi tomada pelo Congresso Continental. Na Alemanha, pelas potências aliadas. Em Portugal, a convocação constava do programa do Movimento das Forças Armadas, que conduziu a ação revolucionária. Na África do Sul, a convocação foi precedida de longas negociações, secretas e posteriormente oficiais, entre o Partido Nacional, condutor do apartheid, e o Congresso Nacional Africano, partido de Nelson Mandela, que fora banido e retornou à cena política do país em 1990. Após a adoção de uma Constituição provisória, em 1993, alinhavada por um fórum mul- tipartidário, realizou-se, em 1994, a primeira eleição democrática do país para o fim de eleger os representantes da Assembleia Constituinte.

53 Assim dispôs a Emenda Constitucional n. 26/85, na parte aqui relevante: "Art. 1" Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia l[2] de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional".

54 Veja-se, sobre o tema, John Elster, Forces and mechanisms in the Constitution-making process, Duke Law Journal, 45:364,

1995, p. 373-374: "Assembleias constituintes raramente são auto-criadas; ao contrário, elas têm um criador externo. Na verdade, elas têm normalmente dois criadores. De um lado, a instituição ou indivíduo que toma a decisão de convocar a assembleia constituinte. Nos Estados Unidos, em 1787, esta decisão foi tomada pelo Congresso Continental. Na França, em 1789, foi tomada pelo Rei. Na Alemanha, em 1949, foi tomada pelas potências ocidentais ocupantes. Por outro lado, há o mecanismo institucional que seleciona delegados para a assembleia constituinte. Nos Estados Unidos e na Alemanha, os delegados foram selecionados pelas assembleias legislativas estaduais. Na Alemanha, a seleção de delegados foi submetida a imposições das potências aliadas, especificamente no sentido de que a representação fosse proporcional à população dos Estados. Na França, em 1789, os delegados foram selecionados pelos três Estados, havendo o Rei decidido que o Terceiro Estado deveria ter delegados em número equivalente ao dos dois outros Estados [nobreza e clero] somados".

55 V. sobre o tema Raul Machado Horta, Direito constitucional, 2002, p. 33. Sobre o tema, v. tb. Constantino Mortati, Istituzioni di diritto pubblico, 1969, v. 1, p. 83.

Em Portugal, as constrições impostas à assembleia constituinte foram ainda mais extensas e profundas. Algumas decorreram de textos pré-constituintes, como as denominadas Plataformas de Acordo Constitucional; outras foram impostas pelo processo revolucionário, que se prolongou no tempo, gerando uma concorrência de poderes entre o Conselho da Revolução, o Conselho de Estado e a Assembleia Constituinte, de cuja soberania chegou-se a duvidar[56]. Situação singularíssima ocorreu na África do Sul. Em 1994, no curso do processo de transição do regime do apartheid, foi adotada uma Constituição interina. Nela se previu que o texto definitivo de Constituição elaborado pela Assembleia Constituinte deveria ser submetido ao Tribunal Constitucional, que "certificaria" sua compatibilidade com determinados "princípios constitucionais" ajustados pelos dois lados no processo de transição. Em 1996, o Tribunal Constitucional negou "certificação" à Constituição e determinou que alguns dispositivos fossem refeitos[57].

No Brasil, a Assembleia Constituinte que aprovou a Constituição de 1891 já encontrou a República proclamada e a Federação instituída pelo Governo Provisório[58]. Após a Revolução de 30, o Governo Provisório dela originário editou decreto estabelecendo que a nova Constituição - que só viria a ser promulgada em 1934 - teria de manter a República e a Federação, sendo-lhe vedado, ademais, restringir direitos dos Municípios e dos cidadãos[59]. Após a destituição de Getúlio Vargas, a Lei Constitucional n. 15, de 26 de novembro de 1945, impôs uma restrição aos poderes "ilimitados" outorgados ao Congresso Nacional para elaborar a nova Constituição: não poderia ele contestar a legitimidade da eleição presidencial que se realizaria em 2 de dezembro de 1945[60].

56 Sobre o tema, v. a tese de doutoramento do Professor Jorge Miranda, A Constituição de 1976, 1978, p. 20-22. V. tb. Raul Machado Horta, Direito constitucional, 2002, p. 34.

57 Para a transcrição da decisão, v. Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, András Sajó e Su- sanne Baer, Comparative constitutionalism, 2003, p. 84 e s.

58 Note-se que o Decreto n. 1, de 15.11.1989, editado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, utilizou o advérbio "provisoriamente", em deferência à futura constituinte. Mas, naturalmente, a situação de fato era irreversível. Esta a ementa do Decreto n. 1: "Proclama provisoriamente e decreta como a forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa, e estabelece as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais".

59 Assim dispunha o Decreto n. 19.398, de 11.11.1930: "Art. 12. A nova Constituição manterá a forma republicana federativa e não poderá restringir os direitos dos municípios e dos cidadãos brasileiros e as garantias individuais constantes da Constituição de 24 de fevereiro de 1891".

60 Assim dispunha a Lei Constitucional n. 15/45: "Art. 1- Em sua função constituinte terá o Congresso Nacional, eleito a 2 de dezembro próximo, poderes ilimitados para elaborar e promulgar a Constituição do país, ressalvada a legitimidade da eleição do Presidente da República".

Em teoria pura, não haveria discussão de que uma assembleia constituinte, quando verdadeiramente soberana, poderia desconsiderar limitações formais e materiais que lhe tenham sido impostas de maneira heterônoma, i.e., por uma força externa[61]. A verdade, contudo, é que não se deve, em rigor, falar em um ato constituinte, mas sim em um processo constituinte, composto de vários atos que se encadeiam no propósito de superação do status quo vigente. Esses atos incluem, por exemplo, a ruptura com a ordem anterior (ou a decisão de deflagrar uma transição), a convocação e eleição dos constituintes, os trabalhos desenvolvidos e a aprovação final. Se houver uma quebra de harmonia nessa seqüência, a questão se transfere de volta para o plano da legitimidade, e o poder constituinte precisará renovar o seu título. A submissão do texto a ulterior deliberação popular poderá ser uma das formas de fazê-lo.

2 Condicionamentos pós-constituintes

O mais decisivo condicionamento pós-constituinte advém da necessidade de ratificação do texto aprovado pela assembleia ou convenção[62], circunstância que, por si só, já impõe aos delegados a preocupação de maior sintonia com o colégio eleitoral que será encarregado da deliberação final. O fato de a ratificação se dar, por exemplo, pelos Estados membros da Federação ou pelo conjunto da população, pode ter impacto importante nas decisões a serem tomadas pelos constituintes.

Como já assinalado, esse modelo de referendo popular da

Constituição não . foi abrigado na teoria do poder constituinte de Sieyès. Nela, a nação, entidade abstrata, manifestava sua vontade através de representantes, reunidos em assembleia, cabendo a esta a palavra final. Nos Estados Unidos, ao contrário, desde as experiências constitucionais estaduais, sempre foi tradição o exercício da soberania popular por via direta, submetendo-se à ratificação popular o projeto aprovado em convenção pelos representantes indicados[63]. A Consti

61 E, de fato, no caso americano, a Convenção de Filadélfia ignorou as instruções do Congresso Continental em três pontos de suprema importância: decidiu elaborar uma Constituição, em lugar de reformar os Artigos da Confederação; previu a ratificação por convenções estaduais especialmente convocadas, e não pelas assembleias legislativas; e previu a ratificação do texto aprovado por apenas nove Estados, em lugar da unanimidade prevista nos Artigos da Confederação. Sobre o tema, v. Bruce Ackerman, We the people: foundations, 1991, p. 41.

62 John Elster, Forces and mechanisms in the Constitution-making process, Duke Law Journal, 45:164, 1995, p. 374.

63 Sobre o tema, v. Pedro de Vega, La reforma constitucional y la problemática dei poder consti- tuyente, 1999.

tuição Federal, cujo texto foi elaborado na Filadélfia, em 1787, teve no processo de ratificação pelos Estados sua etapa decisiva[64].

Se a teoria democrática do poder constituinte se assenta na sua legitimidade, não há como imaginá-lo como um poder ilimitado. O poder constituinte estará sempre condicionado pelos valores sociais e políticos que levaram à sua deflagração e pela idéia de Direito que traz em si[65]. Não se trata de um poder exercido em um vácuo histórico, nem existe norma constitucional autônoma em relação à realidade[66]. O poder constituinte, portanto, é também um poder de Direito. Ele está fora e acima do Direito posto preexistente, mas é limitado pela cosmovisão da sociedade - suas concepções sobre ética, dignidade humana, justiça, igualdade, liberdade - e pelas instituições jurídicas necessárias à sua positivação. Fora daí pode haver dominação e outorga, mas não constitucionalismo democrático.

Uma última limitação que a doutrina passou a reconhecer de maneira praticamente unânime nos últimos tempos decorre dos princípios do direito internacional e, especialmente, dos direitos humanos. Após a Segunda Guerra Mundial, notadamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, passou-se a reconhecer aqueles direitos como um patamar mínimo a ser observado por todos os Estados na organização do poder e nas suas relações

64 O artigo de encerramento do texto aprovado assim dispunha, na primeira parte do seu último artigo: "Art. 7. A ratificação, por parte das convenções de nove Estados será suficiente para a adoção desta Constituição nos Estados que a tiverem ratificado".

65 Em página primorosa, escreveu Georges Burdeau,

Manuel de droit constitutionnel et institu- tions politiques, 1984, p. 86: "Em relação ao Estado, o poder constituinte originário é, portanto, um poder primário, incondicionado e perfeitamente senhor das formas nas quais entende deva ser exercido. Mas esta independência cessa à vista da idéia de direito porque, como todas as formas do Poder, o poder constituinte é tributário de uma idéia de direito que ele exprime e que o legitima. Não existe, assim, um poder constituinte abstrato, válido em qualquer que seja a sociedade considerada. Cada idéia de direito traz um poder constituinte que não vale senão que em relação a ela, e que cessa de ser eficaz quando ela mesma não seja mais a idéia dominante dentro do grupo".

66 V. J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 66; Nelson Saldanha, O poder constituinte, 1986, p. 93; e tb. Konrad Hesse, A força normativa da Constituição, 1991, p. 14-15: "A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as condições sociais concretas e o baldrame axiológico, que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas".

com seus cidadãos[67]. A face virtuosa da globalização é a difusão desses valores comuns, o desenvolvimento de uma ética universal. Uma das questões cruciais do Direito, na atualidade, é equacionar, de maneira equilibrada, a tensão entre o universalismo - isto é, o reconhecimento de que há um conjunto mínimo de direitos universais, que devem proteger as pessoas contra a violência e a opressão - e o multiculturalismo, que procura resguardar a diversidade dos povos e impedir a hegemonia das culturas que se tornaram mais poderosas em determinada quadra histórica.

Eis, portanto, uma tentativa de sistematização dos limites ao poder constituinte, com seus condicionamentos pré e pós-constituintes. A conclusão a que se chega é a de que o poder constituinte é um fato essencialmente político, mas condicionado por circunstâncias históricas, políticas e jurídicas. Tal constatação não imuniza a matéria de complexidades que lhe são inerentes. O reconhecimento de uma ordem de valores - internos e internacionais - que estabeleça a subordinação do poder soberano a um direito suprapositivo remete a questão para as fronteiras do direito natural. De parte isso, sempre existirão dificuldades relativas à efetividade de tais limites. De fato, embora a vinculação a normas

fundamentais anteriores ao Direito escrito já tenha sido admitida, em tese, por importante corte constitucional[68], o conhecimento convencional é no sentido

67 Nos últimos anos, no Brasil, teve lugar uma interessante discussão acerca da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos à ordem interna, com status constitucional, com base no que dispõe o art. 5[2], § 2-, da Constituição Federal. Sobre o tema, v. Flávia Piovesan, Direitos humanos e direito constitucional internacional, 2000, p. 103; e Antônio Augusto Cançado Trindade, Tratado de direito internacional dos direitos humanos, 1999, v. II, p. 29-30. A matéria, todavia, foi superada pela aprovação da Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, que deu ao § 3[2] do art. 5[2] da Constituição Federal a seguinte redação: "§ 3[2] Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

68 Trata-se do Tribunal Constitucional Federal alemão, que, no ponto, referendou entendimento que já havia sido desenvolvido pelo Tribunal Constitucional do Estado da Bavária: A manifestação foi produzida em julgado de 1951 (Sentença 1, 14): "Dessa forma, essa Corte concorda com a afirmação da Corte Constitucional da Bavária: 'Não é conceitualmente impossível que um dispositivo constitucional individualizado seja inválido apenas por ser parte da Constituição. Existem princípios constitucionais que são tão fundamentais e que expressam tão intensamente um Direito que tem precedência até mesmo sobre a Constituição, que vinculam o próprio constituinte, e outras disposições constitucionais que não tenham tal status podem ser inválidas por contrariar tais princípios'. A partir dessa regra de interpretação, decorre que qualquer disposição constitucional deve ser interpretada de modo a ser compatível com aqueles princípios elementares e com as decisões fundamentais do constituinte" (tradução livre). É possível encontrar esse e outros excertos da decisão, bem como comentários sobre ela, em Donald P. Kommers, The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany, 1997, p. 62-69.

de que a obra do poder constituinte originário não comporta controle judicial[69]. Na prática, portanto, a concretização desses limites normalmente precisará ser afirmada no plano da legitimidade e não no da legalidade[70].

V PROCEDIMENTO

O processo constituinte terá como ato inaugural a liberação da energia transformadora apta a mudar as bases políticas e jurídicas de determinada situação estabelecida de poder. Como assinalado anteriormente, esse evento deflagrador poderá ser uma revolução, a criação de um novo Estado, a derrota na guerra ou uma transição política

pacífica[71]. O procedimento constituinte normalmente percorrerá etapas como a convocação da assembleia ou convenção, a escolha dos delegados, os trabalhos de elaboração, a deliberação final e a entrada em vigor do texto aprovado. Três questões merecem comentário e reflexão nessa matéria: o caráter exclusivo ou não da assembleia constituinte; a existência de anteprojetos preliminares; e o referendum constitucional.

69 Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal brasileiro por mais de uma vez. O .leading case foi a ADIn 815-3/DF, da qual foi relator o Ministro Moreira Alves (DJU, 10 maio

1996): A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias, dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna 'compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição' (artigo 102, 'caput'), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido". Na mesma linha, STF, DJU, 9 fev. 2006, ADInMC 3.300/DF, Rei. Min. Celso de Mello, enfatizando a "impossibilidade jurídica de se proceder à fiscalização normativa abstrata de normas constitucionais originárias".

70 Exceção interessante, já referida acima, foi a do processo constituinte da África do Sul, no qual o projeto aprovado pela assembleia foi submetido à análise e "certificação" do Tribunal Constitucional.

71 No Brasil, a convocação de assembleias constituintes já se deu pelo imperador (Constituição de 1824) e por força de movimentos ou golpes políticos (Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1969). A Constituição de 1967 foi convocada pelo Presidente da República, em meio a um processo que já se degenerava em uma ditadura. A constituinte que elaborou a Constituição de 1988 foi convocada pela Emenda Constitucional n. 26, de 27.11.1985, no curso de uma longa transição política que pôs fim ao regime militar.

A Constituição americana foi elaborada por uma convenção reunida exclusivamente para o propósito de rever os Artigos da

Confederação. Na assembleia constituinte francesa, os delegados seguiram a proposta de Robespierre que os tornava inelegíveis para a primeira legislatura ordinária[72]. Da separação clara entre poder constituinte e poder constituído deve resultar a conseqüência de que, assim como o Parlamento não deve exercer competências constituintes originárias, também não deve o constituinte desempenhar funções legislativas ordinárias. Essa separação, muito nítida no modelo americano, nem sempre foi seguida na experiência europeia[73]. E, por influência desta, tampouco no Brasil[74]. Aliás, esse foi um dos debates mais candentes no período que antecedeu a convocação da última constituinte[75]. Idealmente, a fórmula da constituinte exclusiva, sem poderes legislativos, a ser dissolvida após a conclusão do seu trabalho, afigura-se mais capaz de libertar a Constituição dos interesses da política ordinária[76] ou, quando menos, minimizar seu caráter imediatista.

72 A Constituição francesa de 1791 previa que os 249 membros eleitos para comporem a Assembleia de Revisão teriam os mandatos extintos após o encerramento de seu trabalho de revisão (Título VII, art. 8). V. Raul Machado Horta, Direito constitucional, 2002, p. 44.

73 Pedro Vega, La reforma constitucional y la problemática dei poder constituyente, 1999, p. 36: "Frente a esta nítida separação entre funções constituintes e constituídas da tradição americana, o constitucionalismo europeu, que segue os esquemas estabelecidos por Sieyès, introduziu doses de notável confusão. Ao trasladar-se para as Assembleias Constituintes representativas o exercício pleno da soberania, nada tem de particular que o poder constituinte soberano se projete, ou procure projetar-se, como poder legislativo ordinário, inclusive quando a Constituição é aprovada".

74 A Assembleia Constituinte e Legislativa convocada pelo imperador, em 3.6.1822, exerceu atividade legislativa cumulada com os trabalhos constituintes, até ser dissolvida em 12.11.1823. Com a Constituição de 1891, inaugurou-se a fórmula de se converter a Assembleia Constituinte em Poder Legislativo ordinário, dividido em Câmara dos Deputados e Senado Federal (Disposições Transitórias, art. I[2], § 4-). Tal modelo veio a se repetir em relação às Constituições de 1934, 1946 e 1988. A Constituição de 1967 foi aprovada pelo Congresso Nacional que já se encontrava em exercício. A de 1969 foi outorgada pelos ministros militares.

75 Sobre o tema, v. Flávio Bierrenbach, Quem tem medo da constituinte, 1986. V. tb. Luís Roberto Barroso, Doze anos da Constituição brasileira de 1988, in Temas de direito constitucional, 2002, t. I, p. 8: "Previu a Emenda Constitucional n. 26/85 que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal se reuniriam, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia I[2] de fevereiro de 1987. Não prevaleceu a idéia, que teve amplo curso na sociedade civil, de eleição de uma constituinte exclusiva, que se dissolveria quando da conclusão dos trabalhos".

76 No mesmo sentido a posição de Jon Elster, Forces and mechanisms in the Constitution-making process, Duke Law Journal, 45:364, 1995, p. 395: "[P]ara reduzir o âmbito de interesses institucionais, as constituições devem ser escritas por assembleias reunidas especialmente para esse fim e não por corpos que também servem como legislaturas ordinárias. Tampouco se deveria dar a estas legislaturas qualquer papel central no processo de ratificação".

A elaboração de anteprojetos de constituição ou documentos constitucionais prévios é relativamente recorrente na experiência brasileira[77]. Assim se passou com a primeira Constituição republicana, que teve anteprojeto elaborado por uma Comissão Especial[78] e revisto pelos Ministros do Governo Provisório, à frente Rui Barbosa[79]. O mesmo se passou com a Constituição de 1934[80]. A Carta de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, foi elaborada por Francisco Campos, Ministro da Justiça nomeado poucos dias antes da instauração do novo governo, instituído pelo golpe do Estado Novo. A Constituição de 1946 não contou com anteprojeto. Para elaboração da Constituição de 1967, Castelo Branco constituiu uma Comissão[81], cujo trabalho foi desconsiderado em favor do projeto elaborado por Carlos Medeiros Silva, Ministro da Justiça. Antes mesmo da convocação da Assembleia Constituinte que viria a elaborar a Constituição de 1988, foi constituída uma Comissão de notáveis, conhecida como Comissão Afonso Arinos, que elaborou um anteprojeto de grande mérito. Razões associadas à conjuntura política levaram ao seu abandono pelo governo do Presidente José Sarney[82]. Como conseqüência, a constituinte trabalhou sem um projeto base, o que trouxe ao processo grandes dificuldades operacionais.

Não faz parte da tradição brasileira a submissão dos textos constitucionais aprovados à ulterior ratificação, por via de referendo popular. Entre nós, sempre

77 Embora menos comum na experiência europeia. No caso da Constituição portuguesa, de 1976, e da espanhola, de 1978, houve projetos apresentados pelos diferentes partidos políticos, mas não um anteprojeto oficial.

78 A "Comissão dos Cinco" foi integrada por Américo Brasiliense, Magalhães Castro, Rangel Pestana, Saldanha Marinho e Santos Wemeck. V. Raul Machado Horta, Direito constitucional, 2002, p. 35.

79 V. obra publicada pela Fundação Casa de Rui Barbosa, Rui Barbosa e a Constituição, 1985, na qual há um fac-símile de suas anotações manuscritas contendo as propostas de modificação do texto.

80 A "Comissão do Itamarati" compunha-se de 14 membros: Afrânio de Melo Franco, Antonio Carlos, Carlos Maximiliano, Artur Ribeiro, Assis Brasil, João Mangabeira, Agenor de Roure, Antunes Maciel, José Américo, Osvaldo Aranha, Oliveira Viana, Prudente de Morais Filho, Góis Monteiro e Themístocles Cavalcanti. V. Raul Machado Horta, Direito constitucional, 2002, p. 37.

81 A Comissão era composta por Orozimbo Nonato, Levi Carneiro, Miguel Seabra Fagundes e Themístocles Brandão Cavalcanti. V. Raul Machado Horta, Direito constitucional, 2002, p. 38.

82 Luís Roberto Barroso, Doze anos da Constituição brasileira de 1988, in Temas de direito constitucional, 2002, t. I, p. 9: "É de interesse assinalar que o próprio Poder Executivo havia instituído, em julho de 1985, uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, conhecida, em razão do nome de seu presidente, como Comissão Afonso Arinos, que veio a apresentar um anteprojeto. Tal texto, todavia, a despeito de suas virtudes, não foi encaminhado à constituinte pelo presidente Sarney, inconformado, dentre outras coisas, com a opção parlamentarista nele veiculada".

prevaleceu a tese da representação, em que a assembleia constituinte é soberana e sua manifestação equipara-se à vontade final do povo. A exigência de ratificação deita suas origens no constitucionalismo americano e foi utilizada diversas vezes ao longo da acidentada experiência constitucional francesa[85]. A própria Constituição de 1958, em vigor na França, foi elaborada pelo governo do Presidente Charles De Gaulle e legitimada por referendo superveniente[84]. O modelo de ratificação do texto aprovado pela assembleia ou pela convenção é mais consentâneo com a teoria da soberania popular, mas não é imune à malversação. Por vezes, dá ensejo à manipulação das massas em favor de projetos autoritários, como no caso de Napoleão[85], ou pervertidos, como no de Hitler[86].

VI PODER CONSTITUINTE E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

O poder constituinte, titularizado pelo povo e exercido mediante um procedimento especial, elabora a Constituição. A Constituição institui os órgãos do poder constituído e impõe limites de forma e de conteúdo à sua atuação. O poder constituinte, como intuitivo, é superior ao poder constituído, assim como a Constituição desfruta de supremacia em relação à legislação ordinária. Os valores permanentes inscritos na Constituição têm primazia sobre as circunstâncias da política ordinária. Embora tenha atravessado os séculos recebendo grande reconhecimento, a lógica da construção teórica aqui exposta é um pouco mais problemática do que se poderia supor à primeira vista.

83 A Constituição de 1793 foi submetida à aprovação do povo. São célebres os plebiscitos napoleônicos, pelo quais foram aprovadas sucessivas constituições (v. infra). O primeiro projeto constitucional de 1946 foi rejeitado, tendo o segundo sido aprovado. V. Celso Ribeiro Bastos, Curso de direito constitucional, 1999, p. 33.

84 Em meio a grave crise política, o Parlamento concedeu ao Governo, do qual Charles De Gaulle era Presidente do Conselho de Ministros, poderes para alterar a Constituição de 1946. Com a ajuda de uma Comissão Consultiva e do Conselho de Estado, De Gaulle elaborou uma nova Constituição, que foi aprovada em referendum popular e promulgada pelo Presidente da República em 4.10.1958.

85 Tornaram-se célebres os "plebiscitos" napoleônicos, por via dos quais o eleitorado francês aprovou as Constituições de 1799, 1802 e 1804, bem como o que aprovou, durante os "cem dias" de 1815, o Ato Adicional. V. Celso Ribeiro Bastos, Curso de direito constitucional, 1999, p. 33.

86 A ampliação dos poderes de Hitler se deu, em parte, por via de consultas populares. Sobre o tema, v. Pedro Vega, La reforma constitucional y la problemática dei poder constituyente, 1999, p. 106: "No entanto, o uso que fizeram do referendo as ditaduras fascistas posteriores, emulando o cesarismo bonapartista, e buscando nos princípios da democracia direta rousse- auniana uma legitimidade inalcançável por outros meios, determinou que a instituição fosse de novo contemplada com receio".

Em primeiro lugar, porque tanto a política constitucional como a política cotidiana ou ordinária procuram reconduzir sua atuação, em última análise, para o povo. O argumento de que o povo exerce o poder constituinte e de que o Parlamento exerce o poder legislativo não resiste à constatação de que, em muitos casos, é o mesmo órgão, quando não as mesmas pessoas, que exerce ambos os poderes. Esta é, por exemplo, como já acentuado, a tradição brasileira na matéria, do que é ilustração inequívoca a Constituição de 1988. Sendo assim, o que justificaria a superioridade de um poder sobre o outro? Em segundo lugar, por qual razão o povo de ontem deve ter poder de ditar os destinos do povo de hoje? Por que uma geração deve ter o poder de submeter a vontade das gerações futuras? Não são questões singelas[87], mas as respostas têm sido procuradas pela filosofia constitucional contemporânea.

Duas teses desenvolvidas nas últimas décadas procuraram fornecer legitimação para a superioridade jurídica do poder constituinte. A primeira delas está na idéia de pré-compromisso ou autovinculação. O povo, ao elaborar a Constituição, impõe a si mesmo e ao seu poder soberano limitações que resguardem o processo político democrático dos perigos e tentações que possam abalá-lo no futuro[88]. Por esse motivo se protegem os direitos fundamentais e se impõem procedimentos destinados a impedir a opressão das minorias pelas maiorias. Outra tese de amplo curso é a da democracia dualista, que divide a atividade política em duas: a política constitucional - que se pratica em momentos cívicos específicos de ampla mobilização do povo - e a política ordinária, que fica a cargo da classe política e dos organismos do poder constituído. A vontade manifestada naqueles momentos especiais prevalece sobre a dos momentos rotineiros[89].

87 Para uma importante reflexão sobre o tema, em língua portuguesa, além de Oscar Vilhe- na Vieira, A Constituição e sua reserva de justiça, 1999, já citado, v. tb. Daniel Sarmento, Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda, Revista de Direito do Estado, 2:83, 2006, p. 99, texto no qual considera questionável a premissa de que exista "um grande agente

político - o verdadeiro sujeito da história - chamado 'povo'". E acrescenta: "[0]s componentes desta abstração chamada 'povo' não são os mesmos ao longo do tempo. No caso brasileiro, por exemplo, uma grande parte dos atuais eleitores não tinha direitos políticos - muitos não tinham nem nascido - quando foram eleitos os parlamentares que integraram a Assembleia Constituinte, ou quando a Carta foi promulgada. Portanto, o que está em debate não é propriamente saber se é democrático que o 'povo' limite o seu poder de deliberação futura através de um pré-compromisso, ou que imponha a sua vontade à classe política, mas sim examinar até que ponto é legítimo que uma determinada geração, num certo contexto histórico, adote decisões que irão vincular também outras gerações, em cenários muito diferentes". Na literatura estrangeira, v. Jeremy Waldron, Precommitment and disagreement, in Larry Alexander (ed.), Constitutionalism: phi- Iosophical foundations, 1998, p. 285; e Juan Carlos Bayón, Derechos, democracia y Constitución, in Francisco J. Laporta (ed.), Constitución: problemas fiosóficos, 2003, p. 410.

88 Jon Elster, Ulysses and the sirens, 1979. As idéias desse livro clássico foram revistas em outra obra do mesmo autor, Ulysses unbound, 2000.

89 Sobre essa perspectiva, v. Bruce Ackerman, We the people: foundations, 1995.

A legitimidade democrática do poder constituinte e de sua obra, que é a Constituição, recai, portanto, no caráter especial da vontade cívica manifestada em momento de grande mobilização popular. As limitações que impõe às maiorias políticas supervenientes destinam-se a preservar a razão republicana - que se expressa por meio de valores e virtudes - das turbulências das paixões e dos interesses da política cotidiana. A adaptação da Constituição às demandas dos novos tempos e das novas gerações dar-se-á por via da interpretação, da mutação e da reforma constitucionais. Esse esforço de atualização tende a funcionar como uma renovação permanente do pré-compromisso original, uma manifestação de reiterada aceitação da ordem constitucional e dos limites por ela impostos. Nas situações-limite, porém, o poder constituinte originário sairá do seu estado de latência e voltará à cena, rompendo com a ordem anterior que se tenha tornado indesejada e inaugurando uma nova.

CAPÍTULO V
MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL'

Sumário: I - Conceito e generalidades. II - Fundamento e limites. III - Mecanismos de atuação. 1. A interpretação como instrumento da mutação constitucional. 2. Mutação constitucional pela atuação do legislador. 3. Mutação constitucional por via de costume. IV - Mudança na percepção do Direito e mudança na realidade de fato.

I CONCEITO E GENERALIDADES

As Constituições têm vocação de permanência[2]. Idealmente, nelas têm abrigo as matérias que, por sua relevância e transcendência,

devem ser preservadas da política ordinária. A constitucionalização retira determinadas decisões fundamentais do âmbito de disposição das maiorias eventuais. Nada obstante isso, as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios[3]. Os mortos não podem governar os vivos[4]. Porque assim é, todas as Cartas Políticas

1 Adriana Zandonade, Mutação constitucional, Revista de Direito Constitucional e Internacional 35:194, 2001; Anna Cândida da Cunha Ferraz, Processos informais de mudança da Constituição, 1986; Bruce Ackerman, We the people: foundations, 1995, e We the people: transformations, 1998; Fernanda Duarte e José Ribas Vieira, Teoria da mudança constitucional, 2005; Georg Jellinek, Reforma y mutación de la Constitución, 1991; J. J. Meirelles Teixeira, Curso de direito constitucional, 1991, p. 141 e s.; Jorge Miranda, Manual de direito constitucional, 2000, t. II, p. 131 e s.; José Afonso da Silva, Mutações constitucionais, in Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição, 2000; Karl Loewenstein, Teoria de la Constitución, 1986; Konrad Hesse, Limites de la mutación constitucional, in Escritos de derecho constitucional, 1983; Marcelo Borges de Mattos Medina, Constituição e realidade: a influência das transformações sociais na jurisdição constitucional, mimeografado; Marcus Vinícius Martins Antunes, Mudança constitucional: o Brasil pós-1988, 2003; Raul Machado Horta, Permanência e mudança na Constituição, in Curso de direito constitucional, 2002; Uadi Lammêgo Bulos, Mutação constitucional, 1997.

2 Raul Machado Horta, Permanência e mudança na Constituição, in Curso de direito constitucional, 2002, p. 97: "A permanência da Constituição é a idéia inspiradora do constitucionalismo moderno".

3 A Constituição francesa de 1791 instituía uma fórmula excessivamente rígida para sua alteração, tendo sido tragada pela dinâmica revolucionária. Já a Constituição de 1793 trazia, no seu art. 28, a seguinte proclamação: "Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter a suas leis as gerações futuras".

4 É conhecida a veemência com que Thomas Jefferson e Thomas Paine se opunham aos privilégios reivindicados por uma geração sobre a outra, pelo fato de haver elaborado uma Constituição. Escreveu Paine, em seu The rights ofman, 1969 (a lª edição é de 1791): "A vaidade e a presunção de governar para além do túmulo é a mais ridícula e insolente das tiranias". V. Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, András Sajó e Susanne Baer, Comparative constitutionalism, 2003, p. 82; Oscar Vilhena Vieira, A Constituição e sua reserva de justiça, 1999, p. 40-41; e Pedro de Vega, La reforma constitucionaly la problemática dei poder constituyente. 1999, p. 58.

preveem mecanismos institucionais para sua própria alteração e adaptação a novas realidades. Isso não quer dizer que essa seja a única hipótese de mudança do conteúdo das normas constitucionais.

Com efeito, a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. Tal procedimento, como regra geral, será mais complexo que o da edição da legislação ordinária. De tal circunstância resulta a rigidez constitucional. Já a alteração por via informal se dá pela denominada mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais.

Na Europa, a doutrina tradicional, originária da teoria constitucional francesa, só admitia modificações na Constituição por via do procedimento próprio de reforma do seu texto[5]. Coube à teoria constitucional alemã, em elaborações sucessivas[6], e à própria jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal[7], o desenvolvimento e comprovação da tese da ocorrência de alterações na Constituição material de um Estado, sem qualquer mudança no texto formal. Essa admissão, é bem de ver, precisou superar a separação metodológica rígida entre o mundo do Direito (o ser) e a realidade fática (o dever-ser), imposta pelo positivismo jurídico[8]. O impacto da passagem do tempo e das transformações

5 Fernanda Duarte e José Ribas Vieira, Teoria da mudança constitucional, 2005, p. 3. Autores franceses contemporâneos, no entanto, reconhecem o papel do coutume constitutionnelle (costume constitucional), que pode ser mais importante que o das reformas formais. V. Bemard Chantebout, Droit constitutionnel et science politique, 1991, p. 45; e Jacques Cadart, Institutions politiques et droit constitutionnel, 1990, v. 1, p. 127.

6 Georg Jellinek, Reforma y mutación de la Constitución, 1991 (a edição original em alemão é de 1906): "Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucio- nales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se pro- duce por hechos que no tienen que ir acompanados por la intención, o consciência, de tal mutación". V. tb. Hsü Dau-Lin, Mutación de la Constitución, 1998 (a edição original em alemão é de 1932); e Konrad Hesse, Limites de la mutación constitucional, in Escritos de derecho constitucional, 1983.

7 BverfGE 2, 380 (401). V., tb., Konrad Hesse, Limites de la mutación constitucional, in Escritos de derecho constitucional, 1983, p. 88.

8 Nesse sentido, Konrad Hesse, Limites de la mutación constitucional, in Escritos de derecho constitucional, 1983, p. 97: "Una teoria

jurídica de la mutación constitucional y de sus limites sólo hubiera sido posible mediante el sacrifício de uno de los presupuestos metódicos básicos dei positivismo: la estricta separación entre 'Derecho' y 'realidad', así como lo que constituye su consecuencia, la inadmisión de cualesquiera consideraciones históricas, políticas y filosóficas dei proceso de argumentación jurídica".

históricas, políticas e sociais levou ao reconhecimento dessa específica categoria teórica que é a mutação constitucional[9].

No direito norte-americano, o fenômeno da mudança não formal do texto constitucional é, a um só tempo, potencializado e diluído em razão de duas circunstâncias. A primeira está associada ao caráter sintético da Constituição, na qual estão presentes normas de textura aberta, como federalismo, devido processo legal, igualdade sob a lei, direitos não enumerados, poderes reservados. A segunda diz respeito ao próprio papel mais discricionário e criativo desempenhado por juizes e tribunais em países nos quais vigora o sistema do common law. Em conseqüência dessas peculiaridades, foram desenvolvidas jurisprudencialmente inúmeras teses que não tinham previsão expressa, como a teoria dos poderes implícitos, a imunidade tributária recíproca entre os entes da Federação, a doutrina das questões políticas, o direito de privacidade, dentre muitas outras.

Não obstante isso, a experiência americana tem casos marcantes de inequívoca mutação constitucional. Dois deles são referidos a seguir. A jurisprudência formada a partir do NewDeal rompeu frontalmente com o entendimento constitucional vigorante ao longo da denominada era Lochner, passando a admitir como constitucionalmente válida a legislação trabalhista e social proposta por Roosevelt e aprovada pelo Congresso. Até então se havia entendido que tais leis violavam a liberdade de contrato assegurada pela Constituição[10]. Um segundo exemplo: a decisão proferida pela Suprema Corte no caso Brown v. Board of Education, julgado em 1954, que impôs a integração racial nas escolas públicas. Até então, prevalecia o entendimento constitucional, firmado em Plessy v. Ferguson, julgado em 1896, que legitimava a doutrina do "iguais mas separados" no tratamento entre brancos e negros. Nessas duas hipóteses, a

9 Na doutrina portuguesa, Jorge Miranda (Manual de direito constitucional, 2000, t. II, p. 131 e s.) utiliza a expressão vicissitudes constitucionais, que divide em expressas (e.g., revisão constitucional) e tácitas. Na categoria das vicissitudes constitucionais tácitas, aloca o costume constitucional, a interpretação evolutiva e a revisão indireta (que identifica como sendo o reflexo sofrido por uma norma em razão da alteração formal de outra, por via de revisão direta). J. J. Gomes Canotilho (Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 1228) emprega a locução transição constitucional, referindo-se "à revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na Constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido

sem mudar o texto".

10 Sobre o tema da mutação constitucional nos Estados Unidos e sobre o episódio do New Deal, especificamente, v. os trabalhos notáveis de Bruce Ackerman, We the people: foundations, 1991, e We the people: transformations, 1998. Ainda sobre a mesma temática, v. tb. Stephen Griffin, Constitutional theory transformed, Yale Law Journal, 108:2115, 1999; e Cass Sunstein, Thesecond Billof Rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever, 2004. Em língua portuguesa, v. Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2006, p. 52 e s.; Fernanda Duarte e José Ribas Vieira, Teoria da mudança constitucional, 2005, p. 10 e s.; e Letícia de Campos Velho Martel, Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade, 2005, p. 178 e s.

Constituição material mudou substancialmente, sem que houvesse alteração de seu texto[11].

Em denso artigo publicado em 2007, Bruce Ackerman retornou ao tema das mutações constitucionais nos Estados Unidos. Nele voltou a reconhecer que, sobretudo ao longo do século XX, as principais modificações constitucionais americanas não se deram por via de emenda formal, tal como disciplinada pelo art. 5[2] da Constituição. Relembrou, nesse contexto, os casos em que a Suprema Corte foi agente das transformações constitucionais, pelo estabelecimento de nova interpretação, superadora de entendimento anterior, como nos dois exemplos citados acima. Foi adiante, no entanto, para demonstrar o argumento de que uma das principais mudanças constitucionais experimentadas pelos Estados Unidos - a revolução em favor dos direitos civis, também conhecida como "Segunda Reconstrução"[12] - foi implementada por meio da aprovação de um conjunto de leis ordinárias ao longo da década de 60 do século passado, como o Civil Rights Act, de 1964, o Voting Rights Act, de 1965, e o Fair Housing Act, de 1968. Portanto, segundo ele, já não é o sistema formal de emendas que marca as grandes mudanças constitucionais dos últimos setenta e cinco anos, mas as decisões judiciais e a edição de leis[13].

À vista dos elementos expostos até aqui, é possível dizer que a mutação constitucional consiste em uma alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem observância do mecanismo constitucionalmente previsto para as emendas e, além disso, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode

11 Acerca da evolução da jurisprudência sobre a igualdade nos EUA, v. Joaquim Barbosa Gomes, Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade, 2001.

12 Direitos civis, na terminologia americana, diz respeito ao direito de igualdade - equality ou equality under the law -, sendo a expressão empregada, normalmente, em um contexto de reação à

discriminação racial, especialmente em relação aos negros. A Reconstrução foi o período subsequente à Guerra de Secessão, que resultou no banimento do regime de escravidão e na aprovação das 13ª e 14ª Emendas. A Segunda Reconstrução é a expressão empregada para identificar a conquista de direitos civis pelos negros, por meio de movimentos sociais, políticos e atos legislativos que tiveram lugar na década de 60, tendo como uma de suas principais lideranças Martin Luther King. V. Kermit L. Hall, The Oxford companion to American law, 2002; v. tb. Owen Fiss, Between supremacy and exclusivity, in Richard W. Bauman e Tsvi Kahana (ed.), The least examined branch: the role of legislature in the constitutional state, 2006. Como se anotará mais à frente, Fiss não endossa a tese de Ackerman.

13 Bruce Ackerman, The living Constitution, Harvard Law Review, 220.1738, 2007, p. 1741- 1742, 1760: "[T]he formal system of amendment no longer marks the great changes in constitutional course ratified by the American people over the last seventy-five years. (...) It is judicial révolution, not formal amendment, that serves as one of the great pathways for fundamental change marked out by the living Constitution. (...) A second great pathway involves the enactment of landmark statutes that express the new regime's basic principies: the Social Security Act, for example, or the Civil Rights Acts of the 1960s".

decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.

II FUNDAMENTO E LIMITES

O tema da mutação constitucional tem o seu ambiente natural na fronteira em que o Direito interage com a realidade. Já ficou para trás, na teoria jurídica, a visão do positivismo normativista que apartava o Direito do mundo fático, assim como o dissociava, igualmente, da filosofia, da ética e de considerações em torno da idéia de justiça. A tensão entre normatividade e facticidade, assim como a incorporação dos valores à hermenêutica jurídica, produziram modificações profundas no modo como o Direito é pensado e praticado e redefiniram o papel da interpretação jurídica e do intérprete, especialmente em matéria constitucional.

O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma relação intensa e recíproca, em fricção que produz calor mas nem sempre luz, o Direito influencia a realidade e sofre a influência desta. A norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais do poder. No caso das mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram esse condicionamento recíproco entre norma e realidade[14].

Feita a digressão, retoma-se a linha de raciocínio. A mutação constitucional se realiza por via da interpretação feita por órgãos estatais ou por meio dos

14 Sobre o tema, v. o trabalho seminal de Konrad Hesse, A força normativa da Constituição, in Escritos de derecho constitucional, 1983. Um desenvolvimento específico dessa questão foi dado por Friedrich Müller, para quem a norma jurídica deve ser percebida como o produto da fusão entre o programa normativo e o âmbito normativo. O programa normativo corresponde ao sentido extraído do texto constitucional pela utilização dos critérios tradicionais de interpretação, que incluem o gramatical, o sistemático, o histórico e o teleológico. O âmbito normativo, por sua vez, identifica-se com a porção da realidade social sobre a qual incide o programa normativo, que tanto condiciona a capacidade de a norma produzir efeitos como é o alvo de sua pretensão de efetividade. V. Friedrich Müller, Métodos de trabalho do direito constitucional, 2005. V. tb. Anabelle Macedo Silva, Concretizando a Constituição, 2005, trabalho que inclui uma exposição didática da chamada metódica estruturante desenvolvida por Friedrich Müller (v. p. 123 e s.). Sobre a relevância dos fatos para a interpretação constitucional, v. Jean-Jacques Pardini, Le juge constitutionnel e le "fait" en Italie et en France, 2001.

costumes e práticas políticas socialmente aceitas. Sua legitimidade deve ser buscada no ponto de equilíbrio entre dois conceitos essenciais à teoria constitucional, mas que guardam tensão entre si: a rigidez da Constituição e a plasticidade de suas normas. A rigidez procura preservar a estabilidade da ordem constitucional e a segurança jurídica, ao passo que a plasticidade procura adaptá-la aos novos tempos e às novas demandas, sem que seja indispensável recorrer, a cada alteração da realidade, aos processos formais e dificultosos de reforma.

A conclusão a que se chega é a de que além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional existe uma terceira modalidade de poder constituinte: o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais. Essa terceira via já foi denominada por célebre publicista francês poder constituinte difuso[13], cuja titularidade remanesce no povo, mas que acaba sendo exercido por via representativa pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais.

Como intuitivo, a mutação constitucional tem limites, e se ultrapassá-los estará violando o poder constituinte e, em última análise, a soberania popular. É certo que as normas constitucionais, como as normas jurídicas em geral, li- bertam-se da vontade subjetiva que as criou. Passam a ter, assim, uma existência objetiva, que permite sua comunicação com os novos tempos e as novas realidades. Mas essa capacidade de adaptação não pode desvirtuar o espírito da Constituição. Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado ou afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição. Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será

15 Georges Burdeau, Traité de science politique, 1969, v. 4, p. 246-247: "Se o poder constituinte é um poder que faz ou transforma as constituições, deve-se admitir que sua atuação não se limita às modalidades juridicamente disciplinadas de seu exercício. (...) Há um exercício quotidiano do poder constituinte que, embora não esteja previsto pelos mecanismos constitucionais ou pelos sismógrafos das revoluções, nem por isso é menos real. (...) Parece-me, de todo modo, que a ciência política deva mencionar a existência desse poder constituinte difuso, que não é consagrado em nenhum procedimento, mas sem o qual, no entanto, a constituição oficial e visível não teria outro sabor que o dos registros de arquivo" (tradução livre, destaque acrescentado). V. tb. Anna Cândida da Cunha Ferraz, Processos informais de mudança da Constituição, 1986, p. 10: "Tais alterações constitucionais, operadas fora das modalidades organizadas

de exercício do poder constituinte instituído ou derivado, justificam-se e têm fundamento jurídico: são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o chamado poder constituinte difuso, na feliz expressão de Burdeau".

necessária a convocação do poder consdtuinte reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário.

As mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário. A inconstitucionalidade, tendencialmente, deverá resolver-se, seja por sua superação, seja por sua conversão em Direito vigente.

III MECANISMOS DE ATUAÇÃO

A adaptação da Constituição a novas realidades pode dar-se por ações estatais ou por comportamentos sociais. A interpretação constitucional, normalmente levada a efeito por órgãos e agentes públicos - embora não exclusivamente[16] é a via mais comum de atualização das normas constitucionais, sintoni- zando-as com as demandas de seu tempo. Em segundo lugar vem o costume constitucional, que consiste em práticas observadas por cidadãos e por agentes públicos, de maneira reiterada e socialmente aceita, criando um padrão de conduta que se passa a ter como válido ou até mesmo obrigatório.

A interpretação constitucional, como é corrente, é levada a efeito pelos três Poderes do Estado. Embora a interpretação judicial desfrute de primazia, devendo prevalecer em caso de controvérsia, é fora de dúvida que o legislador e o administrador também têm sua atuação fundada na Constituição, precisando interpretá-la na rotina de suas funções. De fato, é nela que deverão colher os princípios inspiradores de sua conduta e os fins a serem realizados com sua atividade. Há, todavia, um traço distintivo nítido no objeto de atuação de cada Poder: é que ao Legislativo incumbe a criação do direito positivo, ao passo que ao Judiciário e à Administração compete sua aplicação". Embora já se reconheça que aplicar o Direito envolve sempre alguma dose de subjetividade e, em certos casos, de coparticipação do sujeito na criação da norma, convém ter em mente a diferença de grau existente entre as atividades de legislar originariamente e interpretar a partir de um texto existente. Devido às especificidades de cada

16 A propósito, v. Peter Háberle, Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição, 1977.

17 V. M. Seabra Fagundes, 0 controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 2005, atualizado por Gustavo Binenbojm, p. 3.

instância, os mecanismos de mutação constitucional serão aqui sistematizados em: interpretação (judicial e administrativa), atuação do legislador e costumes.

1 A interpretação como instrumento da mutação constitucional

A interpretação constitucional consiste na determinação do sentido e alcance de uma norma constante da Constituição, com vistas à sua aplicação. Em qualquer operação de concretização do Direito haverá aplicação da Constituição, que se dará de maneira direta ou indireta. Será direta quando determinada pretensão se fundar em um dispositivo constitucional. Por exemplo: alguém vai a juízo em defesa de sua liberdade de expressão (CF, art. 5[2], IX) ou na defesa do seu direito de privacidade (CF, art. 5-, X). E será indireta sempre que uma pretensão se basear em uma norma infraconstitucional. É que, nesse caso, a Constituição figurará como parâmetro de validade da norma a ser aplicada, além de pautar a determinação de seu significado, que deverá ser fixado em conformidade com ela.

Algumas características das normas constitucionais dão especificidade à sua interpretação. Notadamente, a presença de enunciados normativos de textura aberta, como conceitos jurídicos indeterminados - e.g., ordem pública, dano moral, interesse social, abuso de poder econômico, calamidade pública - e os princípios - e.g., dignidade da pessoa humana, igualdade, moralidade tornam o intérprete coparticipante do processo de criação do Direito. Sua função já não consistirá apenas em um papel de conhecimento técnico, voltado à revelação de soluções integralmente contidas no texto normativo. O enunciado normativo, por certo, fornece parâmetros, mas a plenitude de seu sentido dependerá da atuação integrativa do intérprete, a quem cabe fazer valorações e escolhas fundamentadas à luz dos elementos do caso concreto.

Essa função integrativa do sentido das normas pelo intérprete dá margem ao desempenho de uma atividade criativa, que se expressa em categorias como a interpretação construtiva e a interpretação evolutiva. A propósito, nenhuma delas se confunde com a mutação constitucional. A interpretação construtiva consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição - seus valores, seus princípios - para o fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa[18]. Já a interpretação evolutiva se traduz na aplicação da Constituição

18 Por exemplo: da cláusula constitucional que assegura o direito de o preso permanecer calado (CF, art. 5-, LXIII) extraiu-se, por construção jurisprudencial, o direito à não autoin- criminação de qualquer acusado (e não apenas o preso), inclusive dos que prestam depoimento em

Comissão Parlamentar de Inquérito, que não é sequer uma instância penal (STF, Informativo n. 209, HC 79.812, rei. Min. Celso de Mello). Foi também por interpretação construtiva que se desenvolveram no Brasil as teses de proteção da concubina e do reconhecimento

a situações que não foram contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipadas à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional[19]. A diferença essencial entre uma e outra está em que na interpretação construtiva a norma alcançará situação que poderia ter sido prevista, mas não foi; ao passo que na interpretação evolutiva, a situação em exame não poderia ter sido prevista, mas, se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento.

A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito[20]. O mesmo se passará em relação à interpretação administrativa, cuja alteração, inclusive, tem referência expressa na legislação positiva[21].

Exemplo emblemático de mutação constitucional por interpretação judicial ocorreu em relação ao denominado foro por prerrogativa de função, critério

de efeitos jurídicos às relações homoafetivas estáveis. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil, Revista de Direito do Estado, 5:167, 2007. No direito norte-americano, um dos mais importantes institutos do constitucionalismo moderno - o controle de constitucionalidade - foi criado por construção jurisprudencial da Suprema Corte, inexistindo qualquer previsão expressa no texto constitucional relativa ao desempenho dessa competência pelo Poder Judiciário. V. Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

19 Por exemplo: quando da elaboração da Constituição de 1988, não se cogitou do fenômeno que se tornou a rede mundial de computadores (a internet). Não obstante isso, as normas relativas à liberdade de expressão e ao sigilo da correspondência aplicam-se inequivocamente a esse novo meio tecnológico. Da mesma sorte, os princípios que regem a programação das emissoras de televisão que se utilizam da radiodifusão (CF, arts. 221 e 222) - único meio tecnológico de transmissão de sons e imagens contemplados no texto constitucional - aplicam-se à difusão de sons e imagens por outros meios tecnológicos, como o satélite ou o cabo.

20 É bem de ver que a mutação constitucional é um fenômeno mais profundo do que a simples mudança de jurisprudência, que pode dar-se por mera alteração do ponto de vista do julgador ou por mudança na composição do tribunal.

21 Lei n. 9.784/99 (lei do processo administrativo federal), art. 2[2]: "A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilida- de, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação". V. tb. o Código Tributário Nacional, art. 146.

de fixação de competência jurisdicional previsto constitucionalmente[22]. Por muitas décadas, inclusive sob a vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o foro privilegiado subsistia mesmo após o agente público haver deixado o cargo ou função, tendo inclusive consolidado esse entendimento no enunciado n. 394 da Súmula da Jurisprudência Dominante[23]. Em 1999, todavia, a Corte alterou sua linha de entendimento e cancelou o verbete da Súmula, passando a afirmar que a competência especial somente vigoraria enquanto o agente estivesse na titularidade do cargo ou no exercício da função[24]. Nesse exemplo, como se constata singelamente, atribuiu-se ao mesmo dispositivo - o art. 102,1, b, da Constituição - sentidos diametralmente opostos ao longo do tempo, sem qualquer alteração de seu texto[25].

No plano da interpretação administrativa, mutação constitucional igualmente emblemática materializou-se na Resolução n. 7, de 14 de novembro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça. Nela se considerou ilegítima a investi- dura de parentes de magistrados, até o terceiro grau, em cargos em comissão e funções gratificadas da estrutura do Poder Judiciário. A Resolução, que veio

22 A Constituição de 1988, assim como faziam as Cartas anteriores, atribuiu a determinados Tribunais a competência originária para o conhecimento de ações penais ajuizadas contra certos agentes públicos. Ao tratar do Supremo Tribunal Federal, a Constituição prevê (art. 102,1, b e c) que a ele competirá conhecer de ações penais propostas em face, dentre outros, do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Deputados Federais e dos Senadores. Essa figura, tradicional no direito constitucional brasileiro, é freqüentemente denominada prerrogativa de foro ou de função.

23 Súmula 394: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício".

24 STF, DJU, 9 nov. 2001, QO no Inq. 687/DF, Rei. Min.

Sydney Sanches. Em comprovação da natureza controvertida da matéria, assinale-se que ficaram vencidos os Ministros Sepúl- veda Pertence, Nelson Jobim, Néri da Silveira e limar Galvão, que votaram no sentido de modificar a redação da súmula apenas para que ela refletisse mais fielmente o teor dos precedentes que lhe deram origem. A redação proposta era a seguinte: "Cometido o crime no exercício do cargo ou a pretexto de exercê-lo, prevalece a competência por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício funcional".

25 De fato, durante longo período, a norma constitucional foi interpretada no sentido de que a competência do Supremo Tribunal Federal estava associada ao ato praticado pelo agente público, sendo indiferente que o réu houvesse deixado o cargo ou função após a sua prática. A partir da decisão no Inq. 687, a Corte passou a entender, justamente ao revés, que a competência está vinculada à circunstância de o agente público encontrar-se no exercício do cargo ou função. Note-se que a Constituição de 1988 nada diz de forma expressa sobre esse aspecto da questão, limitando-se a descrever a competência do STF sem maiores considerações, assim como também não o diziam as Cartas anteriores.

a ser declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal[26], determinou a exoneração dos ocupantes de tais cargos que incorressem nas vedações por ela estabelecidas. O nepotismo, na hipótese aqui descrita, constituía prática centenária, corriqueira e socialmente tolerada, que se viu proscrita, retroativamente, por uma clara mudança na valoração do significado dos princípios da impessoalidade e da moralidade.

2 Mutação constitucional pela atuação do legislador

Uma das funções principais do Poder Legislativo é editar leis que atendam às demandas e necessidades sociais. Deverá fazê-lo sempre levando em conta os valores da Constituição e a realização dos fins públicos nela previstos. Normalmente, a aprovação de novas leis envolverá uma faculdade discricionária do legislador. Em certos casos, no entanto, ele atuará em situações expressamente determinadas pela Constituição, que requerem a edição de legislação integradora. Pois bem: num caso ou noutro, a mera edição de normas de desenvolvimento ou complementação do texto constitucional, ainda quando inovem de maneira substancial na ordem jurídica, não caracterizará, de ordinário, mutação constitucional[27]. Nesses casos, o próprio constituinte conferiu ao legislador a prerrogativa de desenvolver e concretizar a Constituição, fazendo uma escolha valorativa dentro dos limites impostos pelas possibilidades semânticas do enunciado constitucional.

Haverá mutação constitucional por via legislativa quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional. É possível conceber que, ensejando a referida norma mais de uma leitura possível, o legislador opte por uma delas, exercitando o papel que lhe é próprio, de realizar escolhas

políticas. A mutação terá lugar se, vigendo um determinado entendimento, a lei vier a alterá-lo. Supo- nha-se, por exemplo, que o § 3[2] do art. 226 da Constituição - que reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar - viesse a ser interpretado no sentido de considerar vedada a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Se a lei ordinária vier a disciplinar esta última possibilidade,

26 STF, DJU, I[S] nov. 2006, ADC-MC 12, Rei. Carlos Ayres Britto. V. tb. Luís Roberto Barroso, Petição inicial da ADC n. 12: constitucionalidade da Resolução n. 7, do Conselho Nacional de Justiça, Revista de Direito do Estado, 1:349, 2006.

27 Suponha-se, por exemplo, que a jurisprudência entenda que da letra do art. 196 da Constituição - que provê acerca do direito à saúde - não se extrai a exigibilidade do fornecimento gratuito, pelo Estado, de medicamento para lidar com determinada doença. Imagine-se, no entanto, que uma lei ordinária, a propósito de desenvolver o conteúdo do direito à saúde, venha a impor a obrigatoriedade nesse caso. A hipótese não se situa no plano da mutação constitucional, e sim no âmbito do princípio da legalidade.

chancelando as uniões homoafetivas, terá modificado o sentido que se vinha dando à norma constitucional[28]. Como intuitivo, essa lei estará sujeita a controle de constitucionalidade, no qual se irá determinar se esta era uma interpretação possível e legítima. A última palavra sobre a validade ou não de uma mutação constitucional será sempre do Supremo Tribunal Federal.

Tome-se o já mencionado exemplo da fixação de competência por prerrogativa de função. Após a decisão cancelando o verbete n. 394 da Súmula do STF, o Congresso Nacional aprovou, e o Presidente da República sancionou, a Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que, em última análise, restabelecia a tese jurídica anterior: a da subsistência da competência especial mesmo após a cessação do exercício da função pública que a determinou[29]. A lei, portanto, desfazia a mutação constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal. Contestada a constitucionalidade dessa lei, a Corte veio a entender, por maioria apertada, que ela era inconstitucional[30]. A posição majoritária, contudo, não

28 A superação do preconceito em razão da orientação sexual das pessoas vem percorrendo uma trajetória lenta, mas constante, que tem levado ao progressivo reconhecimento das diferenças. A mutação referida no texto vem sendo anunciada pela jurisprudência, em precedentes significativos. Veja-se, exemplificativamente, decisão do TRF4, AC 2000.71.00.009347-0, DJ, 10 ago. 2005, Rei. Des. João Batista Pinto Silveira: "A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função

de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. (...) A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial - em alguns países de forma mais implícita - com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas".

29 A Lei n. 10.628, de 2002, alterava a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, prevendo no § l[2] o seguinte: "A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública".

30 STF, DJU, 19 dez. 2006, p. 37, ADIn 2.797, Rei. Min. Sepúlveda Pertence: "Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames".

é imune a crítica: se o dispositivo constitucional - art. 102,1 ,b- comportava mais de uma interpretação, como bem demonstrou a variação de posição do STF, é discutível que ao legislador não fosse facultada a escolha de uma delas[31].

Relembre-se, aqui, a tese de Bruce Ackerman de que, nos Estados Unidos, a conquista dos direitos civis pelos negros, na década de 60, materializou-se em legislação ordinária que operou verdadeira mutação constitucional na matéria. De fato, depois da decisão proferida em Brown v. Board of Education, em 1954, o Congresso aprovou diversas leis antidiscriminatórias, envolvendo o direito de voto, de acesso a lugares públicos e à moradia. O ponto de vista, todavia, não é pacífico. Owen Fiss sustenta, por exemplo, que, na clareira aberta por Brown, veio a se firmar o entendimento de que a posição da Suprema Corte significava um mínimo de

proteção, o que não impedia o Congresso de expandir os direitos de igualdade[32].

3 Mutação constitucional por via de costume

A existência de costumes constitucionais em países de Constituição escrita e rígida, como é a regra no mundo contemporâneo, não é pacífica. A idéia do costume como fonte do direito positivo se assenta na adoção de uma prática reiterada, que tenha sido reconhecida como válida e, em certos casos, como 'obrigatória. O costume, muitas vezes, trará em si a interpretação informal da Constituição; de outras, terá um papel atualizador de seu texto, à vista de situações não previstas expressamente; em alguns casos, ainda, estará em contradição com a norma constitucional. Diante de tais possibilidades, a doutrina identifica três modalidades de costume: secundum legem ou interpretativo, praeter legem ou integrativo e contra legem ou derrogatório[33].

31 V. Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 2004, p. 177: "A declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em qualquer caso, é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos demais Poderes. A atribuição institucional de dizer a última palavra sobre a interpretação de uma norma não o dispensa de considerar as possibilidades legítimas de interpretação pelos outros Poderes. No tocante ao controle de constitucionalidade por ação direta, a atuação do Judiciário deverá ser ainda mais contida. É que, nesse caso, além da excepcionalidade de rever atos de outros Poderes, o Judiciário desempenha função atípica, sem cunho jurisdicio- nal, pelo que deve atuar parcimoniosamente".

32 V. Owen Fiss, Between supremacy and exclusivity, in Richard W. Bauman e Tsvi Kahana (ed.), The least examined branch: the role of legislature in the constitutional state, 2006, p. 453: "In creating these rights to be free from discrimination by private actors, Congress did not dispute the authority of the Court as the final arbiter of the Constitution. Rather, Congress viewed the Court's ruling on the scope of equal protection as a minimuin or baseline and sought to build on it".

33 Adriana Zandonade, Mutação constitucional, Revista de Direito Constitucional e Internacional, 35:194, 2001, p. 221; Uadi Lammêgo Bulos, Mutação constitucional, 1997, p. 175 e s.

Exemplo de costume constitucional, no direito brasileiro, é o reconhecimento da possibilidade de o Chefe do Executivo negar aplicação à lei que fundadamente considere inconstitucional. Outro caso é o do voto de liderança nas Casas Legislativas sem submissão da matéria a Plenário. Algumas situações tangenciam a linha de fronteira com a inconstitucionalidade. Assim, por exemplo, a reedição de medidas provisórias, anteriormente à Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001. Prática antiquíssima, mas intermitentemente questionada, diz respeito às delegações legislativas, notadamente as que envolvem a ampla e poderosa competência normativa do Banco Central do

Brasil e do Conselho Monetário Nacional.

O costume contrário à Constituição (contra legem ou contra constitutionis), como intuitivo, não pode receber o batismo do Direito. Em final de 2005, um caso de costume inconstitucional foi rejeitado de modo expresso por ato administrativo, chancelado judicialmente. Tratava-se do chamado nepotismo no Poder Judiciário, conduta amplamente adotada de nomear parentes de juizes para cargos que independiam de concurso[34]. Há casos de outros costumes inconstitucionais ainda não superados, como a rotineira inobservância por Estados e Municípios das regras constitucionais relativas aos precatórios, em especial do dever de fazer a inclusão nos seus orçamentos de verba para o respectivo pagamento (CF, art. 100, § l[2]); a consumação da desapropriação sem pagamento efetivo da indenização (CF, art. 5[2], XXfV); ou descumprimento de regras orçamentárias, como a que veda o re- manejamento de verbas sem autorização legislativa (CF, art. 5[2], VI).

Um caso de mutação constitucional importante ocorrida na experiência histórica brasileira por força de costume foi a implantação do sistema parlamentarista durante o Segundo Reinado. À míngua de qualquer dispositivo constitucional que provesse nesse sentido, o Poder Executivo passou a ser compartilhado pelo Imperador com um Gabinete de Ministros. Há outro exemplo expressivo contemporâneo, relacionado com as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs). Nos últimos anos, uma prática política persistente expandiu os poderes dessas comissões e redefiniu suas competências. Passou-se a admitir, pacificamente, a determinação de providências que antes eram rejeitadas pela doutrina[35] e pela jurisprudência[36], aí incluídas a quebra de sigilos bancários, telefônicos e fiscais[37].

34 Trata-se de Resolução n. 7, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADC 12, Revista de Direito do Estado, 2:371, 2006, Rei. Min. Carlos Britto).

35 Luís Roberto Barroso, Comissões Parlamentares de Inquérito: política, direito e devido processo legal, in Temas de direito constitucional, 2002.

36 STF, DJU, 12 maio 2000, p. 20, MS 23.452/DF, Rei. Min. Celso de Mello.

37 Todas essas medidas são hoje pacificamente admitidas. Para um levantamento das linhas jurisprudenciais firmadas pelo STF nessa matéria, v. Luís Roberto Barroso, Constituição da República Federativa do Brasil anotada, 2006, p. 503-510.

IV MUDANÇA NA PERCEPÇÃO DO DIREITO E MUDANÇA NA REALIDADE DE FATO

Encontra-se superada, de longa data, a crença de que os dispositivos normativos contêm, no seu relato abstrato, a solução

preestabelecida e unívoca para os problemas que se destinam a resolver. Reconhece-se nos dias atuais, sem maior controvérsia, que tanto a visão do intérprete como a realidade subjacente são decisivas no processo interpretativo. Tais circunstâncias são potencializadas pela presença, no relato das normas constitucionais, de cláusulas gerais e enunciados de princípio cujo conteúdo precisará ser integrado no momento de aplicação do Direito. Conceitos como ordem pública, dignidade da pessoa humana ou igualdade poderão sofrer variação ao longo do tempo e produzir conseqüências jurídicas diversas.

A mutação constitucional em razão de uma nova percepção do Direito ocorrerá quando se alterarem os valores de determinada sociedade. A idéia do bem, do justo, do ético varia com o tempo. Um exemplo: a discriminação em razão da idade, que antes era tolerada, deixou de ser[38]. Na experiência brasileira, é sempre invocada a mutação que no primeiro quarto de século sofreu o instituto do habeas corpus, que se transmudou de um remédio processual penal em uma garantia geral dos direitos[39]. A posição jurídica da concubina sofreu, igualmente, transformação importante ao longo do tempo, inclusive com a reformulação conceituai para distinguir concubinato de companheirismo. Superados os preconceitos, passou-se da negativa radical ao reconhecimento de direitos previdenciários e patrimoniais[40]. Processos semelhantes ocorreram no

38 Por muito tempo, por exemplo, entendia-se válida a vedação da inscrição em concursos públicos de pessoas com idade superior a 45 ou 50 anos.

39 Desenvolvida por Rui Barbosa, a denominada doutrina brasileira do "habeas corpus", precursora do mandado de segurança, serviu para assegurar a posse de governadores e outros ocupantes de cargos públicos, assim como para garantir a liberdade de imprensa, a imunidade parlamentar, o direito de greve e as prerrogativas da magistratura. Sobre o tema, vejam-se: Paulo Roberto de Gouvêa Medina, Direito processual constitucional, 2003, p. 142-143; e Marcelo Borges de Mattos Medina, Constituição e realidade, 2004, mimeografado, p. 25.

40 Na vigência da Constituição de 1967, considerava-se que apenas através do casamento era possível ocorrer formação da família. Nenhuma outra forma de união era contemplada pelo texto, que dispunha: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos" (art. 167). Apesar da literalidade do dispositivo, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos jurídicos às uniões livres, à medida que avançavam as concepções culturais e sociais. Verificou-se, ainda na vigência desse texto, uma verdadeira mutação constitucional do conceito de família, que seguiu as seguintes etapas principais: a) primeiramente, negava-se eficácia jurídica ao concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação insuscetível de qualquer proteção; b) em uma segunda etapa, parte dos dissídios começa a ser resolvida no plano do direito a um salário ou indenização por serviços domésticos

prestados a seu par; c) em seguida, insere-se esse tipo de relação no direito obrigacional, de modo a im

tocante à responsabilidade civil, à igualdade entre os filhos e às relações entre pessoas do mesmo sexo. Em alguns casos foram editadas leis formais para ratificar as mutações.

A mutação constitucional dar-se-á, também, em razão do impacto de alterações da realidade sobre o sentido, o alcance ou a validade de uma norma. O que antes era legítimo pode deixar de ser. E vice-versa. Um exemplo: a ação afirmativa em favor de determinado grupo social poderá justificar-se em um momento histórico e perder o seu fundamento de validade em outro. Intervenções estatais a favor de mulheres, negros ou índios deixarão de ser legítimas se não houver mais qualquer situação objetivamente desfavorável que a justifique. Outro exemplo: uma lei limitadora da responsabilidade civil das empresas de certo setor econômico, por haver interesse social no seu desenvolvimento e consolidação, deixará de ser válida após ele se tornar hígido e autossus- tentável.

Em mais de uma situação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a influência da realidade na determinação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição. E, a contrario sensu, admitiu que a mudança da situação de fato pode conduzir à inconstitucionalidade de norma anteriormente válida. Citam-se a seguir dois precedentes. A Corte entendeu que a regra legal que assegura aos defensores públicos a contagem em dobro dos prazos processuais deve ser considerada constitucional até que as Defen- sorias Públicas dos Estados venham a alcançar o nível de organização do Ministério Público[41]. Em outra hipótese, o STF considerou que o art. 68 do Código de Processo Penal ainda era constitucional, admitindo que o Ministério.

pedir o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro. Reconhece-se, então, a existência de sociedade de fato; d) num momento posterior, passou-se a reconhecer verdadeira união de fato entre companheiros, prevendo-se efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia etc.; e) por fim, a Constituição de 1988 recepciona e aprofunda essa evolução, prevendo expressamente a figura da união estável como entidade familiar e afastando qualquer resquício de hierarquização entre tais uniões e o casamento.

41 STF, DJU, 27 jun. 1997, HC 70.514-6, Rei. Min. Sydney Sanches: "1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5^{e} do art. I^{2} da Lei n. 1.060, de 5.02.1950, acrescentado pela Lei n. 7.781, de 8.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão da acusação, no processo de ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso (...)". A

tese de que uma norma pode tornar-se progressivamente inconstitucional já havia sido levantada pelo Ministro Sepúlveda Pertence no HC 67.390, Rei. Min. Moreira Alves (DJU, 6 abr. 1990). Para uma densa análise e reflexão da decisão cuja ementa foi acima transcrita, v. a dissertação de mestrado de Marcelo Borges de Mattos Medina, Constituição e realidade, 2004, mimeografado.

Público advogasse em favor da parte necessitada para pleitear reparação civil por danos decorrentes de ato criminoso, até que a Defensoria Pública viesse a ser regularmente instalada em cada Estado[42].

O fenômeno da mutação constitucional por alterações da realidade tem implicações diversas, inclusive e notadamente no plano do controle de constitucionalidade. Ali se investigam categorias importantes, desenvolvidas sobretudo pela jurisprudência constitucional alemã, como a inconstitucionalidade superveniente, a norma ainda constitucional e o apelo ao legislador, por vezes invocadas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro[43].

42 STF, DJU, 20 abr. 2001, RE 135.328-7, Rei. Min. Marco Aurélio: "INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria-Geral do Estado, em lace de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento". O curso do julgamento foi modificado após o voto vista do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual argumentou: "A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa, entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc, faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizem".

43 Sobre o tema, em língua portuguesa, vejam-se Gilmar Ferreira Mendes, Jurisdição constitucional, 2005, p. 296 e s. e 364 e s.; Teori Albino Zavascki, Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, 2001, p. 115-116; Lenio Luiz Streck, Jurisdição constitucional e hermenêutica, 2002, p. 468-469.

CAPÍTULO VI REFORMA E REVISÃO CONSTITUCIONAL'

Sumário: I - Generalidades. II - A questão terminológica; poder constituinte derivado, reforma, revisão e emenda. Poder constituinte decorrente. III - Natureza jurídica e limites. IV - Limites temporais e circunstanciais. V - Limites formais. VI - Limites materiais. 1. Noção e antecedentes. 2. Fundamento de legitimidade. 3. A questão da dupla revisão. 4. Os limites materiais implícitos. 5. Cláusulas pétreas e hierarquia. 6. Os limites materiais na experiência brasileira e na Constituição de 1988. 6.1. A forma federativa do Estado. 6.2. O voto direto, secreto, universal e periódico. 6.3. A separação de Poderes. 6.4. Os direitos e garantias individuais. 6.4.1. A questão do direito adquirido.

I GENERALIDADES

As Constituições não podem ser imutáveis. Os documentos constitucionais precisam ser dotados da capacidade de se adaptarem à evolução histórica, às

1 Bruce Ackerman, We the people: foundations, 1995, e We the people: transformations, 1998; Cármen Lúcia Antunes Rocha, Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional, Revista de Informação Legislativa, 720.159, 1993; Celso Bastos, Curso de direito constitucional, 1999; Daniel Sarmento, Direito adquirido, emenda cons-" titucional, democracia e a reforma da previdência, in Marcelo Leonardo Tavares, A reforma da previdência, 2004; Gilmar Ferreira Mendes, Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade. Possibilidade jurídica de sua superação, Ajuris, 60:249, 1994; Ingo Wolfgang Sarlet, Algumas notas sobre o poder de reforma da Constituição e os seus limites materiais no Brasil, in Heleno Taveira Torres, Direito e poder, 2005; J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003; Jon Elster, Ulysses and the sirens, 1979, e Ulysses unbound, 2000; José Afonso da Silva, Poder constituinte e poder popular, 2000; José Alfredo de Oliveira Baracho, Teoria geral da revisão constitucional, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 34:47, 1994; Karl Loewenstein, Teoria de la Constitución, 1986; Lino Torgal, Limites da revisão constitucional. Uma perspectiva luso-brasileira, Themis - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Lisboa, 3.201, 2001; Luís Virgílio Afonso da Silva, Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado, Revista de Direito Administrativo, 226:11, 2001; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Significação e alcance das "cláusulas pétreas", Revista de Direito Administrativo, 202:11, 1995; Michel Rosenfeld, A identidade do sujeito constitucional, 2003; Nelson de Souza Sampaio, O poder de reforma constitucional, 1995; Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, András Sajó e Susanne Baer, Comparative constitutionalism, 2003; Olivier Duhamel e Yves Mény, Dictionnaire constitutionnel, 1992; Oscar Vilhena Vieira, A Constituição e sua reserva de justiça, 1999; Pedro de Vega, La reforma constitucional y la problemática dei poder constituyente, 1999; Peter Häberle, L'État constitutionnel, 2004; Xenophon Contiades, Metho- dollogical principies of constitutional revision based on

overlapping consensus, Anuário Ibero- -americano de Justicia Constitucional, 8:85, 2004; Vicki Jackson e Mark Tushnet, Comparative constitutional law, 1999.

mudanças da realidade e às novas demandas sociais. Quando não seja possível proceder a essa atualização pelos mecanismos informais descritos acima, será imperativa a modificação do texto constitucional. Se perder a sintonia com seu tempo, a Constituição já não poderá cumprir a sua função normativa e, fatalmente, cederá caminho para os fatores reais do poder. Estará condenada a ser uma Constituição meramente nominal, quando não semântica[2].

Por outro lado, as Constituições não podem ser volúveis. Os textos constitucionais não podem estar ao sabor das circunstâncias, fragilizados diante de qualquer reação à sua pretensão normativa e disponíveis para ser apropriados pelas maiorias ocasionais. Se isso ocorrer, já não terão condições de realizar seu papel de preservar direitos e valores fundamentais em face do poder político e das forças sociais. O estudo do poder de reforma da Constituição é pautado pela tensão permanente que se estabelece, em um Estado democrático de direito, entre permanência e mudança no direito constitucional. Exemplo clássico - e trágico - de Carta Constitucional arrebatada e devastada pelos casuísmos da política e pelo absolutismo das maiorias foi a Constituição alemã de Weimar, de 1919[3].

2 É célebre a classificação feita por Karl Loewenstein, em sua Teoria de la Constitución, 1986, p. 217-222. Tendo em conta a concordância entre as normas constitucionais e a realidade do processo político, classificou ele as Constituições em normativas, nominais e semânticas. A Constituição normativa é a que domina efetivamente o processo político, conformando-o a seus comandos. Nesse caso, a "Constituição é como uma roupa que se veste realmente e que assenta bem". A Constituição nominal é aquela que tem existência válida e legítima, mas a dinâmica do processo político não se submete às suas normas, fazendo com que ela careça de realidade existencial. Nesse caso, a Constituição é como "uma roupa que fica guardada no armário e será vestida quando o corpo nacional tenha crescido". Por fim, a Constituição semântica não é senão a formalização do poder de fato, que se exerce em benefício exclusivo de seus detentores. "A roupa não é em absoluto uma roupa, mas um disfarce."

3 Adolf Hitler chegou ao poder em 30 de janeiro de 1933, por via constitucional, ao tornar-se Primeiro-Ministro da Alemanha. Dois dias após esse evento, novas eleições são convocadas, ficando estabelecido o dia 5 de março para a realização do pleito. Em 27 de fevereiro do mesmo ano, os nazistas organizam secretamente o incêndio do edifício do Reichstag (Parlamento), acusando os comunistas a fim de legitimar a sua perseguição. No dia seguinte, o Presidente Hindenburg baixa um decreto de emergência, para a "proteção do povo e do Estado". Tal ato esvaziou os direitos fundamentais da Constituição de Weimar e deu a Hitler poder para

perseguir seus opositores. Nas eleições de 5 de março, o partido nacional socialista de Hitler obtém 44% dos votos, conseguindo a maioria por meio de coligação formal com outro partido pouco expressivo. Em 24 de março, o Parlamento aprova a "Lei de Autorização", permitindo que o governo, isto é, o Chanceler Adolf Hitler, editasse leis ainda que contrárias à Constituição, exigindo apenas que a estrutura do Parlamento e do Conselho Federal (Senado) restassem inalteradas, assim como os poderes do Presidente. Na prática, porém, o Presidente Hindenburg tornava-se, cada vez mais, uma figura decorativa. Com a sua morte, em l- de agosto de 1934, foi editada uma lei unificando os gabinetes do Presidente e do Primeiro-Mi- nistro, propiciando a Hitler a total concentração do poder político. Esse ato veio a ser aprovado em plebiscito, pela maioria expressiva de 84% do eleitorado. Como se constata, a ascensão de Hitler e do nazismo se deu sob o amparo, ainda que formal, da Constituição de Weimar e

O equilíbrio entre essas demandas do constitucionalismo moderno - estabilidade e adaptabilidade - tem sido buscado desde a primeira Constituição escrita[4]. A fórmula adotada no texto norte-americano, que terminou por prevalecer mundo afora[5], envolve a combinação de dois elementos. O primeiro deles é a previsão expressa da possibilidade de emenda ao texto constitucional; o segundo é o estabelecimento de um procedimento específico para a emenda, mais complexo que o exigido para aprovação da legislação ordinária. Esse arranjo institucional é responsável pelo atributo que assinala a quase totalidade das Constituições contemporâneas: a rigidez[6]. A rigidez constitucional funda-se

com consistente apoio popular. Uma descrição mais pormenorizada da ascensão de Hitler e da estrutura institucional de seu governo ditatorial pode ser encontrada em Reinhold Zippe- lius, Kleine deutsche Verfassungsgeschichte (Pequena história constitucional alemã), 1994, p. 134-144. Para uma densa análise do tema em língua portuguesa, v. Oscar Vilhena Vieira, A Constituição e sua reserva de justiça, 1999, p. 98 e s.

4 A Constituição norte-americana de 1787 instituiu a possibilidade de emenda no seu art.

5[2], cuja primeira parte assim dispõe: "Art. 5[fi] O Congresso, sempre que dois terços das duas casas considerarem necessário, proporá emendas a esta Constituição, ou, mediante iniciativa das assembleias legislativas de dois terços dos estados, convocará uma convenção para a pro- positura de emendas, as quais, em ambos os casos, serão consideradas, para todos os fins, como parte dessa Constituição". A solução adotada foi defendida por James Madison no Fe- deralista n. 43, onde averbou: "Ela se guarda igualmente contra uma facilidade exagerada, que tornaria a Constituição por demais mutável, e contra a dificuldade, também exagerada, que poderia perpetuar as falhas descobertas. Além disso, o governo-geral e os dos Estados ficam igualmente credenciados para terem

a iniciativa de apresentar emendas visando a cor-, rigir os erros que a experiência de qualquer deles tiver revelado". Na mesma linha a Constituição francesa de 1793 dispunha, como já registrado: "Art. 28. Um povo tem sempre o direito de rever, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter a suas leis as gerações futuras".

5 Nos dias atuais, praticamente todas as Constituições do mundo proveem acerca de sua própria reforma. Na experiência francesa, diversas cartas eram omissas quanto a essa possibilidade - como as de 1799, 1802, 1804, 1814, 1815, 1830, 1852 - suscitando o debate acerca da admissibilidade ou não de emenda à Constituição em face do silêncio do texto. V. Olivier Duhamel e Yves Mény, Dictionnaire constitutionnel, 1992, p. 932-933.

6 Sobre o tema, v. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Teoria das constituições rígidas, 1980. Tanto a idéia de supremacia da Constituição como a de rigidez constitucional só vieram a prevalecer na Europa ao longo do século XX. As Constituições europeias do século XIX, embora materializadas em documentos escritos, eram flexíveis em sua grande maioria. Sobre o tema, veja-se a síntese precisa de Oscar Vilhena Vieira, A Constituição e sua reserva de justiça, 1999, p. 87: "O constitucionalismo europeu, que vem estruturar a nova ordem que sucede ao antigo regime, em muito irá se diferenciar dos rumos assumidos pelo modelo americano. Apesar de uma origem revolucionária comum, que colocou o povo como detentor da soberania popular e a assembleia constituinte como órgão capaz e legitimado para estabelecer uma nova Constituição, as sucessivas crises políticas e a restauração monárquica, sob o signo de uma soberania partilhada, não permitem que estes novos documentos constitucionais, pelo menos durante o século XIX, assumam uma posição clara de lei superior, como ocorrido nos Estados Unidos". E tb.: Pedro de Vega, La reforma constitucionaly la problemática dei poder consti-

sobre a premissa de que a Constituição é uma lei superior, expressão de uma vontade que não se confunde com as deliberações ordinárias do Parlamento. É por seu intermédio que se procede à separação clara entre política constitucional e política legislativa[7].

Até aqui se assumiu, axiomaticamente, que as Constituições são dotadas de superioridade jurídica em relação às leis ordinárias. A idéia faz parte do conhecimento convencional da cultura constitucional. Mas, à luz da teoria democrática, ela é menos simples do que possa parecer à primeira vista. É que a Constituição, em diversas conjunturas, desempenha um papel contramajo- ritário, isto é, impede que prevaleça a vontade popular dominante em dado momento. Impõe-se, por isso mesmo, a justificação dessa supremacia, a exposição analítica do seu fundamento de legitimidade. A moderna dogmática constitucional já não se impressiona com o argumento de autoridade, nem se satisfaz com a visão positivista do fenômeno jurídico - vale porque está escrito na norma. É imperioso demonstrar os valores e os fins que são atendidos por determinada

proposição.

O poder constituinte, titularizado pelo povo, elabora a Constituição. Concluído o trabalho, ele volta ao seu estado latente e a soberania popular se converte em supremacia da Constituição. É bem de ver, no entanto, que inserir determinada matéria no texto constitucional significa retirá-la do âmbito de atuação das maiorias futuras, a menos que estejam estas qualificadas por quorum expressivo (geralmente de 2/3 e, em alguns casos, de 3/5). O que autorizaria uma maioria reunida no passado - no caso americano, por exemplo, há mais de dois séculos - a impor restrições às maiorias futuras, integrantes de gerações que têm outras circunstâncias e outros problemas a equacionar e

tuyente, 1999, adverte, no entanto, para os riscos da excessiva rigidez: "Una Constitución demasiado rígida conduce siempre a esta dramática alternativa: o a que la Constitución no se reforme en aquellos puntos en que resulte obligada su revisión, en cuyo caso quedaria convertida en letra muerta sin ninguna relevancia política, o a que la Constitución se reforme y se adapte a Ias necesidades reales por procedimientos ilegales y subrepticios, em cuyo supues- to lo que se haría seria vulnerar su normatividad".

7 Bruce Ackerman, We the people: foundations, 1995, p. 6: "Acima de tudo, uma Constituição dualista procura distinguir entre duas diferentes espécies de decisão que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é uma decisão do povo (americano); a segunda é do governo". Para um comentário objetivo sobre a posição de Ackerman, em língua portuguesa, v. Bianca Stamato, Jurisdição constitucional, 2005, p. 44 e s. De certa forma, a distinção aqui apontada reproduz as categorias tradicionais identificadas por Sieyès como sendo o poder constituinte e o poder constituído. O primeiro seria exercido por representantes da nação e o segundo, por membros do Parlamento. Na prática, todavia, essa distinção subjetiva pode não ser muito nítida, pois a assembleia constituinte e o Parlamento são integrados substancialmente pelas mesmas pessoas. Ackerman, por sua vez, desenvolve a idéia de "momentos constitucionais" para identificar aquelas situações diferenciadas, caracterizadas, dentre outros aspectos, por ampla mobilização da cidadania.

resolver? Há dois fundamentos para a aceitação histórica do postulado da supremacia constitucional: um subjetivo e outro objetivo.

Do ponto de vista subjetivo, uma Constituição é obra do povo. Normalmente, ela será elaborada em situações de ampla mobilização popular e de exercício consciente da cidadania. A superação do status quo anterior, decorrente da perda de legitimidade que sustentava a ordem jurídica preexistente, envolverá, como regra geral, eventos protagonizados pela massa da cidadania. Tome-se como exemplo a reconstitucionalização relativamente recente de países como Brasil, África do Sul, Hungria, Espanha e Portugal. Distantes geográfica e politicamente, todos eles tiveram como elemento comum a existência de movimentos cívicos, revolucionários ou não, que claramente não se integravam à rotina da

política comum. Em cada um desses países, a Constituição, a nova idéia de Direito que se impôs, teve sua origem na sociedade, e não no Parlamento.

Portanto, na história dos Estados, há momentos constitucionais nos quais o povo, a cidadania, impulsiona de maneira transformadora o processo social. Institucionalizada a nova ordem, o poder constituinte cede o passo ao poder constituído, o povo dá a vez a seus representantes. Esse aspecto envolvendo a participação cívica constitui um elemento diferenciador fundamental porque, via de regra, os membros da assembleia constituinte e aqueles que vêm a integrar o Parlamento acabam sendo substancialmente os mesmos. Mas as condições históricas e políticas de sua atuação, em razão do grau de mobilização popular, são muito diferentes.

Do ponto de vista objetivo, a superioridade da Constituição se deve à transcendência dos bens jurídicos que ela tutela: a limitação do poder, os valores fundamentais da sociedade, a soberania popular e os procedimentos democráticos. O constitucionalismo democrático funciona como um mecanismo de autolimitação ou pré-compromisso, por meio do qual se retira do alcance das maiorias eventuais direitos que constituem condições para a própria realização da democracia[8]. Trata-se de uma proteção necessária contra a volatilidade da

8 As idéias de precommitment e self-binding foram desenvolvidas por Jon Elster em um ensaio clássico intitulado Ulysses and the sirens, que deu título ao livro publicado originalmente em 1979 e que teve uma edição revista publicada em 1984. Em 2000, Jon Elster publicou o livro Ulysses unbound, registrando algumas mudanças na sua perspectiva de ser a Constituição um instrumento de pré-compromisso ou pré-cometimento. Ao fazê-lo, declinou a influência que teria sofrido de uma crítica ao seu trabalho anterior, formulada pelo historiador norueguês Jens Arup Seip, do seguinte teor: "Na política, as pessoas nunca tentam limitar-se a si próprias, mas apenas aos outros". Comentando essa declaração, observou Jon Elster: "Embora essa afirmação seja muito radical, eu a considero mais próxima da verdade do que a visão de que a auto-limitação é da essência da Constituição". Para os fins aqui visados, a metáfora de Ulysses e as idéias de pré-cometimento e autolimitação continuam úteis. Para quem estava distraído nos últimos 2.800 anos, a história de Ulysses e as sereias está narrada no Canto XII da Odisséia, de Homero, onde se conta que na volta da Guerra de Tróia, advertido para os perigos do canto divino das sereias, que atraía as embarcações para as pedras e para o naufrágio,

política e das paixões partidarizadas. A democracia não se resume ao princípio majoritário ou às regras procedimentais de participação política. No seu âmbito encontram-se abrigados, igualmente, valores substantivos e direitos fundamentais[9]. Nesse sentido, a supremacia constitucional acaba sendo uma forma de proteger as bases da democracia contra a volatilidade da política e das paixões partidarizadas.

II A QUESTÃO TERMINO LÓGICA: PODER CONSTITUINTE DERIVADO, REFORMA, REVISÃO E EMENDA. PODER CONSTITUINTE DECORRENTE

Coube a Sieyès, como visto anteriormente, a identificação conceituai do poder constituinte, em oposição à idéia de poder constituído. Mais à frente, a própria doutrina francesa desenvolveu a distinção entre poder constituinte originário e derivado. Poder constituinte originário é o poder constituinte propriamente dito, que foi estudado no capítulo anterior. Nele se concentra a energia inicial pela qual se cria ou se reconstrói um Estado, com a instituição de uma nova ordem jurídica, superadora da idéia de Direito preexistente. O poder constituinte derivado, por sua vez, expressa o poder, normalmente atribuído ao Parlamento, de reformar o texto constitucional. Trata-se de uma competência regulada pela Constituição.

A referência a poder constituinte, nessa segunda hipótese, justifica-se pela possibilidade efetiva de se alterar a Constituição pelo exercício de tal competência. Mas, no fundo, a terminologia empregada pode ser enganosa. É que, na verdade, o denominado poder constituinte derivado situa-se no âmbito do poder constituído ou instituído, estando juridicamente subordinado a diversas prescrições impostas no texto constitucional pelo constituinte originário. Embora seja consagrada pela doutrina e pela prática, tal designação é tecnicamente problemática[10]. Por essa razão, diversos autores se opõem ao uso da locução

Ulysses mandou colocar cera nos ouvidos dos remadores e se fez amarrar ao mastro de seu navio, escapando assim do perigo e da tentação, sem, contudo, privar-se do prazer de ouvir o canto das sereias.

9 Sobre o debate teórico entre procedimentalismo e substantivismo, v. supra.

10 Sobre o ponto, v. a reflexão do Ministro Sepúlveda Pertence, constante de seu voto na ADIn 830/DF, DJU, 16 set. 1994, Rei. Min. Moreira Alves: "Deva ou não ser chamado de poder constituinte, o certo é que o poder de reforma constitucional é um poder constituído. Daí, as variações nominais - constituinte instituído, constituinte derivado e assim por diante - a que a doutrina tem apelado, para fugir da aparente contradição dos adjetivos da fórmula 'poder constituinte constituído'. Por que constituído, esse poder de reforma não só é limitavel, mas efetivamente limitado, em todas as Constituições, ao menos por força da sua disciplina processual, seja ela específica ou não das emendas constitucionais, conforme se trate de Constituições rígidas ou flexíveis".

"poder constituinte derivado", ou instituído, quando se tratar do poder de reforma da Constituição[11].

Ainda no plano terminológico, a doutrina e as Constituições de diferentes Estados empregam, sem grande uniformidade, os vocábulos "reforma", "revisão" e "emenda"[12]. Diante da proximidade semântica desses termos e de seu uso indiscriminado nos variados sistemas, resta a solução

de estabelecer, por convenção, o sentido em que serão utilizados, levando em conta a tradição dominante entre nós. Reforma, assim, identifica o gênero alterações no texto constitucional, compreendendo tanto as mudanças pontuais como as mudanças abrangentes[13]. Emenda, no direito constitucional brasileiro, designa modificações, supressões ou acréscimos feitos ao texto constitucional, mediante o procedimento específico disciplinado na Constituição. E revisão é a designação de reformas extensas ou profundas da Constituição. Vale dizer: pode ter dimensão quantitativa ou qualitativa[14]. Ilustra o conceito a revisão que foi prevista - mas

11 Nesse sentido, v. J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 1991, p. 99: "O poder de revisão constitucional é, consequentemente, um poder constituído tal como o poder legislativo. Verdadeiramente, o poder de revisão só em sentido impróprio se poderá considerar constituinte". V., tb., Celso Ribeiro Bastos, Curso de direito constitucional, 1999, p. 30: "Alguns autores, como Carl Schmitt e Luis Recasens Siches, sustentam ponto de vista de que somente o originário é poder constituinte, pois somente ele tem caráter inicial e ilimitado, ao passo que o poder reformador retira sua força própria da Constituição, estando limitado pelo direito".

12 Lino Torgal, Limites da revisão constitucional. Uma perspectiva luso-brasileira, Themis - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Lisboa, 3.201, 2001, fez um detido' levantamento acerca do emprego de tais termos para identificar as modificações do texto da Constituição. Fazem referência à revisão, entre outras, as Constituições francesa, de 1958 (art. 89), suíça, de 1874 (arts. 118 a 123), belga, de 1831 (art. 131) e italiana, de 1947 (art. 138). As Constituições americana, de 1787 (art. 5°), e brasileira, de 1988 (art. 60), fazem menção a emenda. Já nos países de língua castelhana é comum a utilização do vocábulo reforma, como ocorre na Constituição argentina, de 1853 (art. 30), mexicana, de 1917 (art. 135), e espanhola, de 1978 (arts. 168 e 169). No Brasil, as Constituições de 1824 e de 1891 utilizaram o termo "reforma". A de 1934 referiu-se a emenda - cujo objeto era limitado - e a revisão, cujo alcance era maior. Os textos constitucionais de 1946 e 1967-1969 utilizaram a denominação "emenda". A Constituição de 1988 voltou a utilizar "emenda" e "revisão". Para uma reflexão sobre essa terminologia no direito brasileiro, v. o voto do Ministro Néri da Silveira, proferido como relator na ADIn 981/PR, DJU, 5 ago. 1994.

13 No mesmo sentido, v. Paulo Bonavides, A revisão constitucional na Carta de 1988, in A Constituição aberta, 2004, p. 36: "A expressão reforma constitucional é, na tradição do direito positivo brasileiro de quatro Repúblicas constitucionais, o gênero de que se inferem num momento mais adiantado de evolução técnica do nosso constitucionalismo as duas modalidades básicas de mudança, a saber, a emenda e a revisão...".

14 V. Francisco Fernandez Segado, El sistema constitucional espanol, 1992, p. 86: "Parece lógico pensar, como aponta com

bom critério Pérez Royo, que na identificação de uma reforma como 'revisão' haverá que tomar em consideração tanto elementos quantitativos (número de artigos ou um título completo...) como qualitativos (que a reforma afete alguma instituição que possa ser definida como organismo imediatamente constitucional e singularmente relevante)".

não efetivamente concretizada - no art. 3[2] do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aprovado junto com a Constituição de 1988".

Cabe, por fim, uma menção ao "poder constituinte decorrente", expressão que na terminologia do direito constitucional brasileiro designa a competência dos Estados membros da Federação para elaborarem sua própria Constituição[16]. No regime da Constituição de 1988, competência semelhante é desempenhada pelo Distrito Federal e pelos Municípios ao editarem suas leis orgânicas. Essa capacidade de auto-organização é fruto da autonomia política das entidades federadas, que desfrutam de autodeterminação dentro dos limites prefixados pela Constituição Federal. Trata-se, como intuitivo, de uma competência constitucionalmente limitada, por se tratar, tal como o poder de reforma, de um poder constituinte derivado. Por essa razão, as Constituições estaduais - assim como as leis e atos normativos estaduais em geral - sujeitam-se a controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal[17]. Aliás, vale o registro, é em relação às normas constitucionais e infraconstitucionais estaduais que a Corte exerce com maior freqüência sua atividade de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

III NATUREZA JURÍDICA E LIMITES

Como já registrado em diversas passagens, o poder constituinte originário é, na sua essência, um fato político que se impõe historicamente, não sofrendo qualquer limitação da ordem jurídica preexistente. Mesmo quando não tenha natureza revolucionária, ele envolverá sempre uma ruptura com o passado. Diversa é a situação do poder de reforma constitucional, que configura um poder de direito, regido pela Constituição e sujeito a limitações de naturezas diversas. Sua função é a de permitir a adaptação do texto constitucional a novos ambientes políticos e sociais, preservando-lhe a força normativa e impedindo que seja derrotado pela realidade. Ao fazê-lo, no entanto, deverá assegurar a continuidade e a identidade da Constituição.

15 Embora o processo de revisão tenha sido instaurado, deu origem apenas a seis Emendas Constitucionais de Revisão, que não alteraram aspectos substanciais do texto. As emendas foram promulgadas entre os dias 2 e 9 de março de 1994.

16 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Curso de direito constitucional, 1999, p. 28: "Duas são as espécies de Poder Constituinte derivado. Uma é o poder de revisão. Trata-se do poder, previsto pela Constituição, para alterá-la, adaptando-a a novos tempos e novas exigências. Outro é o Poder Constituinte dos Estados-membros de um

Estado federal. O chamado Poder Constituinte decorrente. Este deriva também do originário, mas não se destina a rever sua obra e sim a institucionalizar coletividades, com caráter de estados, que a Constituição preveja".

17 Essa assertiva é válida também para as leis e atos normativos editados pelos Municípios, sem prejuízo de algumas limitações procedimentais. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, 0 controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 2006.

Encontrando fundamento na Constituição e sendo por ela disciplinado, o poder reformador é, na verdade, uma competência juridicamente vinculada. Como conseqüência, afigura-se natural e lógico que esteja sujeito aos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. No direito brasileiro, tal possibilidade é mais do que puramente teórica: o Supremo Tribunal Federal já admitiu inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade contra emendas constitucionais, tendo acolhido diversas delas[18]. Essa situação, no entanto, é relativamente atípica no cenário internacional, pois mesmo em países nos quais esse tipo de controle é formalmente admitido - como na Alemanha, por exemplo -, não há precedente de declaração de inconstitucionalidade de ato do poder reformador[19]. Em outros países, como a França, essa possibilidade não existe, tendo sido expressamente rejeitada pelo Conselho Constitucional em mais de uma ocasião[20]. Relembre-se, por fim, o caso singular da África do Sul, em que

18 Ao julgar a ADIn 830-7, DJU, 16 set. 1994, Rei. Min. Moreira Alves, reafirmou o Supremo Tribunal Federal, já então sob a vigência da Constituição de 1988, o entendimento tradicional: "Não há dúvida de que, em face do novo sistema constitucional, é o STF competente para, em controle difuso ou concentrado, examinar a constitucionalidade, ou não, de emenda constitucional - no caso a n. 2, de 2 5 de agosto de 1992 - impugnada por violadora de cláusulas pétreas explícitas ou implícitas". A partir daí o Tribunal conheceu diversas ações diretas de inconstitucionalidade contra emendas constitucionais, dentre as quais as de n. 2/92, 3/93, 10/96, 12/96, 15/96 16/97, 19/98, 20/98, 21/99, 27/2000, 29/2000, 30/2000, 37/2002, 41/2003, 45/2004, 52/2006. Foram acolhidos, em parte, os pedidos formulados em algumas dessas ações, como as que tiveram por objeto as emendas constitucionais n. 3/93, 20/98, 21/99, 41/2003 e 52/2006.

19 V. decisão do Tribunal Constitucional Federal no denominado Caso Klass (30 BverfGE 1, 1970). Estava em questão uma emenda constitucional que permitia quebra de privacidade da correspondência e das comunicações, em um ambiente envolvendo problemas sérios ligados à espionagem, em plena Guerra Fria. O pedido não foi acolhido, mas houve três votos dissidentes. A decisão afirmou que a Constituição dá suporte a uma "democracia militante, que não se submete ao abuso de direitos fundamentais ou ao ataque à ordem liberal do Estado".

V. Donald P. Kommers, The constitutional jurisprudence ofthe Federal Republic of Germany, 1997. Nos Estados Unidos também não se desenvolveu uma cultura de controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, a despeito das grandes polêmicas surgidas em torno da aprovação das Emendas XIV e XV. Nas únicas duas vezes em que conheceu de ações envolvendo a alegação de vício formal e substantivo - nos National Prohibition cases, 253 U.S. 350 (1919), tendo por objeto a denominada Lei Seca-, e no caso Lesser v. Garnett, 258 U.S. 130 (1921) - a Suprema Corte rejeitou o pedido sem aprofundar o debate. A tendência, na doutrina, é a de ver o tema como uma questão predominantemente política. V. John E. Nowak e Ronald D. Rotunda, Constitutional law, 2000, p. 126-128. V. tb. Oscar Vilhena Vieira, A Constituição e sua reserva de justiça, 1999, p. 142 e s.

20 Na França, o Conselho Constitucional, por decisão de 5.11.1962 (Decisão 62-20 DC), ao apreciar uma modificação da Constituição introduzida por lei aprovada em referendo popular, declarou expressamente não ter competência para se pronunciar sobre a questão. Essa posição foi reiterada em decisões de 2.9.1992 e 26.3.2003. V. L. Favoreu e L. Philip, Les grandes décision du Conseil Constitutionnel, 2003, p. 171 e s. V. tb. La Constitution et les valeurs: mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff, 2005, p. 587.

o Tribunal Constitucional exerceu controle sobre a própria Constituição originária (v. supra)[21].

Em síntese: o poder reformador, freqüentemente referido como poder constituinte derivado, é um poder de direito, e não um poder soberano. Por via de conseqüência, somente poderá rever a obra materializada na Constituição originária observando as formas e parâmetros nela estabelecidos. Essa é a prova, aliás, de que o poder constituinte originário, mesmo na sua latência, continua a se fazer presente. Os limites impostos ao poder de emenda ou de revisão da Constituição costumam ser sistematizados pela doutrina em temporais, circunstanciais, formais e materiais.

IV LIMITES TEMPORAIS E CIRCUNSTANCIAIS

Limites temporais têm por objetivo conferir estabilidade ao texto constitucional por um período mínimo ou resguardar determinada situação jurídica por um prazo prefixado. Eles se destinam, normalmente, a conter reações imediatistas à nova configuração institucional e a permitir que a nova Carta possa ser testada na prática por um tempo razoável[22]. Na história do constitucionalismo, foram dessa natureza as primeiras disposições que restringiram de maneira explícita o poder de reforma. A Constituição americana, de 1787, impedia a aprovação de qualquer ato do Congresso abolindo a escravidão até o ano de 1808 (art. I[2], seção 9)[23]. A Constituição francesa de 1791 proibia

21 No processo de transição pelo qual se pretendia superar o apartheid, a Constituição interina, de 1994, previa que o Tribunal

Constitucional iria rever o texto da Constituição a ser elaborada, para "certificar" sua compatibilidade com determinados princípios constitucionais previamente acordados. Em decisão de 1996, o Tribunal determinou que alguns pontos do texto fossem refeitos. Trechos desse julgado se encontram em Norman Dorsen, Michel Ro- senfeld, András Sajó e Susanne Baer, Comparative constitutionalism, 2003, p. 84 e s.

22 V. José Antônio Pimenta Bueno, Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império, 1958, p. 477: "Para evitar a mobilidade imprudente ou constante, a Constituição inibiu a reforma antes de passados quatro anos, e por isso mesmo julgamos que essa disposição não é transitória, e sim aplicável a qualquer alteração que tenha sido consumada". Sobre o tema, v. tb. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional, Revista de Informação Legislativa, 120:159, 1993, p. 173-174: "É que as mudanças normativas de base introduzidas por uma Constituição podem sofrer insatisfações e até mesmo sobressaltos que, no calor da hora, podem facilitar manifestações de apoio à reforma, sem que isto indique que ela se produzirá em benefício de toda a sociedade. É preciso, então, que as normas constitucionais se apliquem, que os seus resultados sejam avaliados, para que somente então sobrevenha o seu aperfeiçoamento".

23 Constituição americana, art. I[2], seção 9: " 1. a migração ou a admissão de indivíduos, que qualquer dos Estados ora existentes julgar conveniente permitir, não será proibida pelo Congresso antes de 1808; mas sobre essa admissão poder-se-á lançar um imposto ou direito não superior a dez dólares por pessoa".

qualquer tipo de reforma dentro de um período de quatro anos de sua aprovação (art. 3[2]). Na mesma linha, a Constituição espanhola de Cádiz, de 1812, estendia esse prazo para oito anos[24].

A Constituição portuguesa, de 1976, previu que a primeira revisão de seu texto somente poderia dar-se na segunda legislatura (art. 286), sendo que cada legislatura tem duração de quatro anos (art. 174). Ademais, previu a possibilidade de revisões qüinqüenais do texto, com quorum de dois terços (art. 287, 1), ao lado da revisão que pode ser realizada a qualquer momento, mediante quorum de quatro quintos (art. 287, 2). Desde o início de vigência da Constituição portuguesa já foram aprovadas revisões em 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005. No Brasil, a Constituição Imperial, de 1824, continha limitação temporal expressa em relação à sua reforma, que somente poderia ser feita depois de "passados quatro anos"[25]. Nas inúmeras Constituições brasileiras subsequentes não foi incluída disposição contendo restrição temporal dessa natureza. A maioria das Constituições do mundo pode ser reformada a qualquer tempo, sem a previsão de limites temporais[26].

Sob a vigência da Constituição de f 988 surgiu dúvida a

propósito da legitimidade ou não da antecipação do plebiscito previsto no art. 2[2] do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pelo qual se submeteria à deliberação direta do eleitorado a escolha da forma de governo (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo). Prevista no texto originário para 7 de setembro de 1993, a consulta popular teve sua data modificada para 25 de abril do mesmo ano, pela Emenda Constitucional n. 2, de 25 de agosto de 1992. Arguida a inconstitucionalidade da' medida em ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal, decidiu-se, por maioria, não se estar diante de uma limitação temporal[27].

24 "Art. 375. Até que decorram oito anos do momento em que a Constituição seja posta em prática, em todas as suas partes, não se poderá propor alteração, nem adição, nem reforma de nenhum dos seus artigos" (tradução livre).

25 Constituição de 1824: "Art. 174. Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles".

26 Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Poder constituinte reformador, 1993, p. 142-143.

27 STF, ADIn 830-7, DJU, 16 set. 1994, Rei. Min. Moreira Alves: "[H]á o problema de saber se, realmente, a data prevista para esse ato preparatório da revisão, a que alude o artigo 3[2] do ADCT, no tocante à forma e ao sistema de governo, é, ou não, uma limitação temporal a esse procedimento de reforma, o qual, assim, teria duas limitações temporais: a data de 7 de setembro de 1993, para o ato preparatório (a decisão plebiscitária); e os cinco anos a partir da promulgação da Constituição para o procedimento propriamente dito da revisão constitucional. A meu ver, a essa questão se impõe a resposta negativa. (...) Estando a revisão limitada temporalmente pelo artigo 3[2], a limitação temporal que não pode ser modificada por emenda

Limitação temporal peremptória é a prevista no art. 60, § 5-, da Carta em vigor, pela qual "a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa"[28]. Trata-se aqui, na verdade, de regra de racionalização do processo legislativo. Há outras limitações previstas na Constituição, que se aplicam, contudo, não à elaboração da emenda propriamente dita, mas aos seus efeitos temporais. Um exemplo é a impossibilidade de uma emenda constitucional que alterar o processo eleitoral ser aplicada às eleições que ocorram até um ano da data de sua entrada em vigor. Tal previsão consta do art. 16 da Constituição, e sua interpretação já foi objeto de pronunciamento específico do Supremo Tribunal Federal[29].

Os limites circunstanciais impedem a reforma da Constituição em momentos de anormalidade institucional, decorrentes de situações atípicas ou de crise. Assim, por exemplo, as Constituições da Bélgica, de 1831, e do Japão, de 1889, estabeleciam que nos períodos de regência não se poderia proceder a reforma constitucional. As Constituições francesas de 1946 e 1958 interditavam a revisão em caso de ataque contra a integridade do território nacional. No Brasil, desde 1934 se prevê como limitação formal ao poder de reforma a vigência do estado de sítio[30]. Na Constituição de 1988, três são as situações impeditivas, na dicção expressa do art. 60, § l[2]: além do estado de sítio, foram incluídas as hipóteses de intervenção federal e estado de defesa[31].

é esta e não a de fase preparatória para ela no tocante à forma e ao sistema de governo". Votaram vencidos, sustentando a inconstitucionalidade da antecipação do plebiscito, os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Mário Velloso e Marco Aurélio.

28 A esse propósito, decidiu o STF que, tendo a Câmara rejeitado o substitutivo de determinado projeto, e não o projeto original que veio por mensagem do Poder Executivo, não se aplica esse dispositivo (STF, DJU, 6 jun. 1997, MS 22.503/DF, Rei. Min. Marco Aurélio).

29 ADIn 3.685/DF, DJU, 10 ago. 2006, Rei. Min. Ellen Gracie. O Tribunal declarou inapli- cável às eleições que ocorreriam em 2006 a EC n. 52, aprovada no mesmo ano, que dispunha sobre a verticalização das coligações partidárias. Sobre o tema, v. Cláudio Pereira de Souza Neto, Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIn 3.685, Interesse Público, n. 37, 2006.

30 Constituição de 1934, art. 178, § 4ª: "Não se procederá à reforma da Constituição na vigência do estado de sítio". Dispositivo análogo constou dos Textos Constitucionais de 1946 (art. 217, § 5[2]), 1967 (art. 50, § 2[2]) e 1969 (art. 47, § 2[2]). Sob a Constituição de 1891 admitiu-se a reforma constitucional na vigência do estado de sítio, como foi o caso da Revisão de 1926, segundo noticia Orlando Bitar, A leie a Constituição, 1951, p. 82-83.

31 Constituição de 1988, art. 60, § l[2]: "A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio". Há outras limitações temporais previstas na Constituição, que se aplicam não à elaboração da emenda, propriamente dita, mas aos seus efeitos temporais. Um exemplo na jurisprudência do STF: emenda constitucional que alterar o processo eleitoral não pode aplicar-se à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência, por força de interpretação dada ao art. 16 da CF, como se deu no caso da EC n. 52/2006, que dispunha sobre a verticalização (ADIn 3.685/DF, DJU, 10 ago. 2006, Rei. Min. Ellen Gracie).

V LIMITES FORMAIS

O constitucionalismo moderno, na sua matriz norte-americana, assim como na sua evolução europeia, funda-se em Constituições rígidas, e não em Constituições flexíveis[32 e 33]. Da rigidez constitucional resulta a existência de um procedimento específico para reforma do texto constitucional, que há de ser mais complexo do que o adotado para a aprovação da legislação ordinária. Esse procedimento envolverá, normalmente, regras diferenciadas em relação à iniciativa, ao quorum de votação das propostas de emenda e às instâncias de deliberação. Praticamente todas as Constituições contemporâneas seguem esse modelo. A inobservância dos limites formais impostos pela Constituição sujeita os atos emanados do poder de reforma a um juízo de inconstitucionalidade.

A doutrina costuma advertir para os riscos do excesso de rigidez, fato que leva a uma de duas situações: que o texto não seja reformado diante de necessidade imperiosa, convertendo-se a Constituição em letra morta, sem maior relevância política; ou que a Constituição se adapte às novas demandas sociais por mecanismos ilegais e sub-reptícios, em mutações constitucionais inconstitucionais (v. supra)*[4]. Há inúmeros precedentes históricos de descumprimento de limites formais. Nos Estados Unidos, assim se passou com a própria elaboração da Constituição pela Convenção de Filadélfia, repetiu-se com as emendas de reconstrução e tornou a ocorrer, embora de maneira mais sutil, por ocasião do New Deap[5].

32 Como já assinalado, a Constituição norte-americana de 1787 deu início à era das Constituições rígidas, prevendo um procedimento próprio para o exercício do poder de emenda (ammendment power), disciplinado em seu art. 5°: "O Congresso, sempre que dois terços das duas casas considerarem necessário, proporá emendas a esta Constituição, ou, mediante iniciativa das assembleias legislativas de dois terços dos estados, convocará uma convenção para a propositura de emendas, as quais, em ambos os casos, serão consideradas, para todos os fins, como parte dessa Constituição".

33 É bem de ver que, nos seus primórdios, o constitucionalismo europeu serviu-se de Constituições flexíveis, que não eram dotadas de supremacia. Mais que isso: seu fundamento de legitimidade, como regra geral, não era a soberania popular, mas o poder monárquico, combinado com o poder do Parlamento. À exceção das Constituições francesas de 1848 e 1870- 1875, as Cartas europeias foram outorgadas, do que são exemplos as Constituições espanhola (1812), francesa (1815, 1830 e 1852), belga (1831), italiana e austríaca (1848). As Constituições rígidas, todavia, impõem-se ao longo do século XX, embora o controle de constitucionalidade - estágio final do reconhecimento da supremacia da Constituição - só tenha se expandido e consolidado após a Segunda Guerra Mundial. Sobre o tema, vejam-se Pedro Vega, La reforma constitucional y la problemática dei poder constituyente, 1999, p. 42 e s., e

Oscar Vilhena Vieira, A Constituição e sua reserva de justiça, 1999, p. 87 e s.

34 Sobre o tema, v. Pedro Vega, La reforma constitucionaly la problemática dei poder constituyente, 1999, p. 89 e s.

35 A história registra a curiosidade de que, na sua elaboração, a Constituição norte-americana não observou os requisitos formais impostos pelos Artigos da Confederação, especial

Na França, embora não tenha havido ruptura institucional com a Constituição de 1946, a elaboração da Constituição de 1958 deu-se sem observância das regras próprias em vigor[36]. Também a revisão de 1962, que instituiu eleições presidenciais diretas, refugiu à legalidade formal[37]. Em ambos os casos, é certo, houve posterior referendo popular. Esses exemplos apenas documentam a dificuldade de a Constituição conter integralmente o processo político, sobretudo em situações de crise. No Brasil, a Constituição de 1967, aprovada em um esforço de institucionalização do regime militar - e que, como conseqüência, padecia de insanável vício de origem -, foi atropelada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, outorgada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar. A simples enunciação de quem exerceu, de fato, o poder reformador já denuncia a inobservância do procedimento prescrito na Constituição[38].

mente quanto à unanimidade exigida para sua ratificação. As emendas da reconstrução, que se seguiram ao fim da guerra civil e da escravidão - Emendas XIII, XIV e XV -, embora tenham observado formalmente o art. V, foram aprovadas sem a presença de representantes dos Estados Confederados no Congresso Nacional e foram ratificadas sob pressão militar e ameaça de não reintegração de tais Estados à União. No New Deal, a Suprema Corte, sob ameaça de uma proposta do Presidente Roosevelt que alterava sua composição, e sem que houvesse qualquer mudança formal na Constituição, alterou a jurisprudência que firmara durante a denominada Era Lochner, dando novo sentido à idéia de propriedade e liberdade de contratar e passando a admitir a legislação social protetora dos trabalhadores. Sobre o tema, v. Bruce Ackerman, We the people, v. 1 (1991) e 2 (1998). V. tb. Oscar Vilhena Vieira, A Constituição e sua reserva de justiça, 1999, p. 84: "[A] ameaça de ampliar o número de juizes da Corte, para obtenção de uma maioria simpática ao New Deal, pode ser comparada às ameaças de impeach- ment ao Presidente Andrew Jackson feitas pelos republicanos, para que ele apoiasse as emendas de reconstrução, após o assassinato de Lincoln, ou, ainda, às ameaças do Congresso aos Estados Confederados para que ratificassem as emendas de reconstrução".

36 Em 1958, em meio à crise política decorrente do conflito colonial na Argélia, Charles De Gaulle é eleito Presidente do Conselho, no último ato do modelo parlamentarista da IV República. Em seguida, três leis de exceção foram aprovadas, uma delas alterando o

processo de revisão constitucional, delegando ao Governo o poder que o art. 90 atribuía ao Parlamento. O Projeto, que ampliava substancialmente os poderes do Presidente, foi submetido a um Conselho Consultivo parlamentar e ao Conselho de Estado, antes de ser referendado pelo povo francês, em 28 de setembro de 1958. Sobre o tema, v. Bernard Chantebout, Droit constitutionnel et science politique, p. 369-376; Debbasch, Bourdon, Pontier e Ricci, Droit constitutionnel et institutions politiques, 1990, p. 495-510; e Jacques Cadart, Institutions politiques e droit constitutionnel, 1990, p. 904-907.

37 Em 1962, De Gaulle liderou nova ruptura ao propor a instituição do voto direto e universal na eleição para Presidente da República, sem observância do procedimento específico da revisão constitucional. A proposta foi aprovada por via de referendo popular e o Conselho Constitucional entendeu não ter competência para se pronunciar acerca da constitucionalidade ou não da revisão. Decisão 62-20 DC, transcrita e comentada em L. Favoreu e L. Philip, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, 2003, p. 171 es.

38 A Emenda Constitucional n. 1/69 consistiu em um golpe dentro do golpe. Com o impedimento do Presidente Costa e Silva, por motivo de doença, uma Junta Militar frustrou a

Como assinalado, a generalidade das Constituições contemporâneas é de natureza rígida. A técnica mais difundida de dificultar a reforma constitucional é a exigência de maiorias qualificadas para sua aprovação. Por essa via, exige-se consenso mais amplo e concede-se poder de veto às minorias. Uma segunda técnica, menos comum, é a previsão de aprovação da reforma por legislaturas diferentes. Vale dizer: o procedimento de reforma é mediado por uma eleição parlamentar e o texto aprovado deverá ser ratificado pelo novo parlamento[39]. Por fim, uma terceira técnica, essa mais freqüentemente utilizada, é a realização de referendo popular.

Certas Constituições instituem disciplinas diversas para a revisão total e para a revisão parcial[40]. Outras preveem procedimentos distintos de reforma, em função de circunstâncias temporais ou materiais. No exemplo já citado de Portugal, o texto constitucional contempla a revisão ordinária, que pode ser realizada a intervalos de cinco anos, e a revisão extraordinária, que pode ser feita a qualquer tempo. No primeiro caso, o quorum será de dois terços e no segundo, de quatro quintos[41]. Na Espanha, a Constituição contempla duas possibilidades: a reforma, de natureza parcial, que exige quorum de três quintos e referendo facultativo; e a revisão, que envolve a mudança total ou de partes "protegidas" do texto (como o Título Preliminar, onde estão decisões políticas estruturantes do Estado, os direitos fundamentais e as regras sobre a Coroa). Nesse segundo caso, aprovada a revisão, o Parlamento ("as Cortes Gerais") se

posse do vice-presidente constitucional, Pedro Aleixo, e outorgou uma nova Carta, sob a designação formal de emenda. A rigor, não

se tratou do exercício de um poder de reforma, mas de um poder constituinte originário usurpado da soberania popular. Na seqüência, o Congresso Nacional, que havia sido fechado, foi convocado para homologar o nome do General Emílio Garrastazu Mediei como Presidente da República. Esses episódios e os anos do governo Médici representaram o ápice do regime ditatorial militar no Brasil. Para um documentado relato desse período, v. Elio Gaspari, A ditadura escancarada, 2002.

39 É o caso, por exemplo, da Bélgica e da Grécia. A esse propósito, averbou Xenophon Contiades, Methodological principies of constitutional revision based on overlapping consen- sus, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, <3:85, 2004, p. 86: "Em certas constituições o processo de revisão requer a mediação de eleições ou a realização de referendo, de modo a aprofundar a legitimação democrática da revisão constitucional".

40 É o caso das Constituições da Suíça (arts. 118-123), da Áustria (art. 44) e da Espanha (art. 168), por exemplo.

41 Constituição da República Portuguesa: "Art. 284 - 1. A Assembleia da República pode rever a Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária. 2. A Assembleia da República pode, contudo, assumir em qualquer momento poderes de revisão extraordinária por maioria de quatro quintos dos Deputados em efetividade de funções". O quorum de dois terços para a revisão ordinária está previsto no art. 286 - 1.

dissolve, elegendo-se um novo, que deverá ratificar a alteração. Em seguida, a reforma aprovada deve ser submetida a referendo[42].

No Brasil, a Carta Imperial de 1824, de caráter semirrígido[43], previa que a reforma de dispositivo constitucional seria mediada por uma eleição, cabendo à legislatura seguinte a ratificação da mudança ou adição[44]. A Constituição de 1891 instituiu o quorum de dois terços e disciplinou o procedimento em duas etapas: aprovada a proposta de reforma, ela deveria ser objeto de nova deliberação no ano seguinte[45]. A Constituição de 1934 contemplou duas possibilida

42 Constituição espanhola: "Art. 167. 1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de Ias Câmaras. (...) 3. Aprobada la reforma por Ias Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince dias siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de Ias Câmaras". "Art. 168. 1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo Segundo, Sección primera dei Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación dei principio por mayoría de dos tercios de cada Câmara, y a la disolución inmediata de Ias Cortes. 2. Las Câmaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estúdio dei

nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Câmaras. 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación".

43 A Constituição de 1824 admitia a possibilidade de partes de seu texto serem alteradas por via de procedimento ordinário: "Art. 178. É só constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo o que não é constitucional pôde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias".

44 A Constituição de 1824 previa a possibilidade de emenda após quatro anos de sua vigência (art. 174), por iniciativa da Câmara dos Deputados, apoiada por um terço dos seus membros. O procedimento de aprovação da reforma deveria obedecer ao seguinte procedimento: "Art. 175. A proposição será lida por tres vezes com intervallos de seis dias de uma á outra leitura; e depois da terceira, deliberará a Camara dos Deputados, se poderá ser admittida á discussão, seguindo-se tudo o mais, que é preciso para formação de uma Lei. Art. 176. Admittida a discussão, e vencida a necessidade da reforma do Artigo Constitucional, se expedirá Lei, que será sanccionada, e promulgada pelo Imperador em fôrma ordinaria; e na qual se ordenará aos Eleitores dos Deputados para a seguinte Legislatura, que nas Procurações lhes confiram especial faculdade para a pretendida alteração, ou reforma. Art. 177. Na seguinte Legislatura, e na primeira Sessão será a matéria proposta, e discutida, e o que se vencer, prevalecerá para a mudança, ou addição á Lei fundamental; e juntando-se á Constituição será solemnemente promulgada".

45 A Constituição de 1891 previa que a Constituição poderia ser reformada por iniciativa do Congresso Nacional ou das Assembleias dos Estados (art. 90). O procedimento veio disciplinado em parágrafos do mesmo art. 90: "§ 1-Considerar-se-há proposta a reforma, quando, sendo apresentada por uma quarta parte, pelo menos, dos membros de qualquer das Câmaras do Congresso Nacional, for aceita, em tres discussões, por dous terços dos votos numa e noutra câmara, ou quando for solicitada por dous terços dos Estados, no decurso de um anno, representado cada Estado pela maioria de votos de sua Assembleia. § 2[2] Essa proposta dar-se-há por approvada, si no anno seguinte o fôr, mediante tres discussões, por maioria de dous terços dos votos nas duas Câmaras do Congresso".

des de reforma: a emenda e a revisão. A distinção se fez em razão das matérias a serem alteradas, com previsão de procedimento e de quorum diversos - dois terços no primeiro caso; maioria absoluta no segundo, com submissão à legislatura seguinte[46]. A natimorta Carta de 1937 previu que a deliberação seria por maioria simples, mas assegurou a supremacia do Chefe do Executivo também no procedimento de reforma constitucional[47].

46 A Constituição de 1934 cuidou da matéria

especialmente em seu art. 178, §§ l2 e 2-: "Art. 178. A Constituição poderá ser emendada, quando as alterações propostas não modificarem a estrutura política do Estado (arts. 1 a 14, 17 a 21); a organização ou a competência dos poderes da soberania (Capítulos II, III e IV, do Título I; o Capítulo V, do Título I; o Título II; o Título III; e os arts. 175, 177, 181, e este mesmo art. 178); e revista, no caso contrário. § l2 Na primeira hipótese, a proposta deverá ser formulada de modo preciso, com indicação dos dispositivos a emendar e será de iniciativa: a) de uma quarta parte, pelo menos, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; b) de mais de metade dos Estados, no decurso de dois anos, manifestando-se cada uma das unidades federativas pela maioria da Assembleia respectiva. Dar-se-á por aprovada a emenda que for aceita, em duas discussões, pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em dois anos consecutivos. Se a emenda obtiver o voto de dois terços dos membros componentes de um desses órgãos, deverá ser imediatamente submetida ao voto do outro, se estiver reunido, ou, em caso contrário, na primeira sessão legislativa, entendendo-se aprovada, se lograr a mesma maioria. § 22 Na segunda hipótese a proposta de revisão será apresentada na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal, e apoiada, pelo menos, por dois quintos dos seus membros, ou submetida a qualquer desses órgãos por dois terços das Assembleias Legislativas, em virtude de deliberação da maioria absoluta de cada uma destas. Se ambos por maioria de votos aceitarem a revisão, proceder-se-á, pela forma que determinarem, à elaboração do anteprojeto. Este será submetido, na Legislatura seguinte, a tres discussões e votações em duas sessões legislativas, numa e noutra casa".

47 A Constituição de 1937 previu que a iniciativa da emenda poderia ser do Presidente da República ou da Câmara dos Deputados (art. 174). O procedimento vinha disciplinado nos parágrafos do mesmo artigo, que tinham a seguinte dicção: "§ l2 O projeto de iniciativa do Presidente da República será votado em bloco por maioria ordinária de votos da Câmara dos Deputados e do Conselho Federal, sem modificações ou com as propostas pelo Presidente da República, ou que tiverem a sua aquiescência, se sugeridas por qualquer das Câmaras. § 22 O projeto de emenda, modificação ou reforma da Constituição de iniciativa da Câmara dos Deputados, exige para ser aprovado o voto da maioria dos membros de uma e outra Câmara. § 32 O projeto de emenda, modificação ou reforma da Constituição, quando de iniciativa da Câmara dos Deputados, uma vez aprovado mediante o voto da maioria dos membros de uma e outra Câmara, será enviado ao Presidente da República. Este, dentro do prazo de trinta dias, poderá devolver à Câmara dos Deputados o projeto, pedindo que o mesmo seja submetido a nova tramitação por ambas as Câmaras. A nova tramitação só poderá efetuar-se no curso da legislatura seguinte. § 42 No caso de ser rejeitado o projeto de iniciativa do Presidente da República, ou

no caso em que o Parlamento aprove definitivamente, apesar da oposição daquele, o projeto de iniciativa da Câmara dos Deputados, o Presidente da República poderá, dentro em trinta dias, resolver que um ou outro projeto seja submetido ao plebiscito nacional. O plebiscito realizar-se-á noventa dias depois de publicada a resolução presidencial. O projeto só se transformará em lei constitucional se lhe for favorável o plebiscito".

Após a redemocratização, a Constituição de 1946 previu duas fórmulas de aprovação de emendas constitucionais: obtidos dois terços dos votos dos membros de cada Casa Legislativa, estava aceita e iria à promulgação; se obtivesse maioria absoluta da Câmara e do Senado, deveria ser levada a nova deliberação pela legislatura seguinte[48]. A Constituição de 1967 adotou o quorum de maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas[49]. A Carta de 1969 - fruto da EC n. 1, de 17.10.1969 - previu que a emenda constitucional seria aprovada se obtidos dois terços dos votos dos membros de cada uma das Casas Legislativas[50]. Esse dispositivo (art. 48) foi objeto de alteração pela EC n. 8, de 14.7.1977, que reduziu o quorum para maioria absoluta[51]. A inovação resultou de ato ditatorial, acompanhado do fechamento do Congresso Nacional[52]. Pela

48 A Constituição de 1946 atribuía a iniciativa a um quarto dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou à metade das assembleias legislativas dos Estados (art. 217, § l[2]). O procedimento vinha estabelecido nos parágrafos seguintes: "§ 2[2] Dar-se-á por aceita a emenda que fôr aprovada em duas discussões pela maioria absoluta da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em duas sessões legislativas ordinárias consecutivas. § 3[2] Se a emenda obtiver numa das câmaras, em duas discussões, o voto de dois terços dos seus membros, será logo submetida à outra; e, sendo nesta aprovada pelo mesmo trâmite e por igual maioria, dar-se-á por aceita".

49 A Constituição de 1967 facultava a iniciativa da proposta de emenda aos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ao Presidente da República e às Assembleias Legislativas dos Estados (art. 50). O procedimento se encontrava no artigo seguinte: "Art. 51. Em qualquer dos casos do art. 50, itens I, II e III, a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento ou apresentação, em duas sessões, e considerada aprovada quando obtiver em ambas as votações a maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas do Congresso".

50 A Constituição de 1969 reconhecia o poder de iniciativa a um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, assim como ao Presidente da República (art. 47 e § 3[2]). O artigo seguinte cuidava do procedimento: "Art. 48. Em qualquer dos casos do artigo anterior, a proposta será discutida e votada, em reunião do Congresso Nacional, em 2 (dois) turnos, dentro de 90 (noventa) dias a contar de seu

recebimento, considerando-se aprovada, quando obtiver, em ambas as votações, maioria absoluta dos votos dos membros de cada uma das Casas".

51 A Emenda Constitucional n. 8/77 deu ao dispositivo a seguinte redação: "Art. 48. Em qualquer dos casos do artigo anterior, a proposta será discutida e votada em reunião do Congresso Nacional, em duas sessões, dentro de noventa dias a contar de seu recebimento, e havida por aprovada quando obtiver, em ambas as sessões, maioria absoluta dos votos do total de membros do Congresso Nacional".

52 O Congresso Nacional foi fechado pelo Ato Complementar n. 102, de 12.4.1977, praticado com base no Ato Institucional n. 5, de 13.12.1968. A Emenda Constitucional n. 8 foi outorgada no dia seguinte à de n. 7, de 13.4.1977, num conjunto de medidas autoritárias conhecidas como "Pacote de Abril". As circunstâncias políticas do país inibiram a discussão relevante acerca da possibilidade ou não de se modificar, em ponto essencial, o procedimento de reforma instituído pelo constituinte. A redução do quorum de aprovação de emenda constitucional teve um efeito colateral imprevisto e, até certo ponto, indesejado pelo regime

EC n. 22, de 29.6.1982, foi restabelecida a exigência de dois terços dos votos para aprovação de emenda.

Finalmente, sob a Constituição em vigor, promulgada em 5 de outubro de 1988, são os seguintes os requisitos formais de aprovação de emendas constitucionais:

a) Iniciativa: a reforma do texto constitucional depende da iniciativa: (i) de 1/3 (um terço) dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; (ii) do Presidente da República; ou (iii) de mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados";

b) Quorum de aprovação: 3/5 (três quintos) dos votos dos membros de cada Casa do Congresso;

c) Procedimento: discussão e votação em cada Casa, em dois turnos[54].

Se a proposta de emenda vier a ser rejeitada ou a ser tida por prejudicada, a matéria dela constante não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa, isto é, no mesmo ano daquela legislatura[55]. Se aprovada, a emenda será promulgada pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal[56]. Emenda constitucional não está sujeita a sanção do Presidente da República, cuja participação somente se dará no caso de ser dele a iniciativa do projeto. A esse propósito, há jurisprudência firme do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o constituinte estadual não pode prover, nem originaria- mente nem por emenda, acerca de matérias que a Constituição reserva à iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo[57].

militar: pouco após a volta ao funcionamento do Congresso Nacional foi aprovada a Emenda Constitucional n. 9, de 28.6.1977, que pôs fim à regra da indissolubilidade do casamento, abrindo caminho para a introdução do divórcio no país, o que de fato aconteceu logo à frente, com a Lei n. 6.515, de 26.12.1977.

53 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; m - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros".

54 CF 88, art. 60, § 2-: "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".

55 CF 88, art. 60, § 5[2]: "A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa". A esse propósito, decidiu o STF que tendo a Câmara rejeitado o substitutivo de determinado projeto, e não o projeto original que veio por mensagem do Poder Executivo, não se aplica esse dispositivo (STF, DJU, 6 jun. 1997, MS 22.503/DF, Rei. Min. Marco Aurélio).

56 CF 88, art. 60, § 3[2]: "A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem".

57 V. e.g., STF, DJU, 18 maio 2001, ADIn 227-9/RJ, Rei. Min. Maurício Corrêa: "A Constituição Federal, ao conferir aos Estados a capacidade de auto-organização e de autogoverno,

Em mais de uma oportunidade, o Supremo Tribunal Federal já exerceu controle de constitucionalidade sobre a correção formal do procedimento de aprovação de emenda à Constituição. Primeiramente, assentou a Corte que a tramitação do projeto de emenda não envolve questão meramente regimental - interna corporis -, sendo tema de clara estatura constitucional[58]. Em outras decisões, pronunciou-se no sentido de que o início da tramitação da proposta de emenda pode dar-se tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, tendo em vista que a Constituição confere poder de iniciativa aos membros de ambas as Casas[59]. A propósito da necessidade de aprovação da proposta de emenda por ambas as Casas, a regra é a de que, havendo modificação do texto em uma delas, a proposta deve retornar à outra. Nada obstante, a Corte firmou entendimento no sentido de que o retorno à Casa de origem somente é imperativo quando a alteração seja substancial, e não na hipótese de mudanças redacionais, sem modificação de conteúdo[60].

impõe a obrigatória observância aos seus princípios, entre os quais o pertinente ao processo legislativo, de modo que o legislador constituinte estadual não pode validamente dispor sobre as matérias reservadas à iniciativa privativa do Chefe do Executivo. O princípio da iniciativa reservada implica limitação ao poder do Estado-membro de criar como ao de revisar sua Constituição e, quando no trato da reformulação constitucional local, o legislador não pode se investir da competência para matéria que a Carta da República tenha reservado à exclusiva iniciativa do Governador".

58 V., dentre outras decisões, STF, DJU, 6 dez. 2002, ADIn 2.666/DF, Rei. Min. Ellen Gracie: "Impertinência da preliminar suscitada pelo Advogado-Geral da União, de que a matéria controvertida tem caráter interna corporis do Congresso Nacional, por dizer respeito à interpretação de normas regimentais, matéria imune à crítica judiciária. Questão que diz respeito ao processo legislativo previsto na Constituição Federal, em especial às regras atinentes ao trâmite de emenda constitucional (art. 60), tendo clara estatura constitucional".

59 STF, DJU, 17 out. 2003, ADIn 2.031 /DF, Rei. Min. Ellen Gracie: "Como reconhecido pelo Plenário no julgamento cautelar, o início da tramitação da proposta de emenda no Senado Federal está em harmonia com o disposto no art. 60, inciso I da Constituição Federal, que confere poder de iniciativa a ambas as Casas Legislativas. Observo que a ordem de prioridade contida no caput do art. 64, como salientado pelo eminente relator naquele julgamento, 'diz respeito a projetos de lei ordinária oriundos do Presidente da República e de Tribunais, o que não é, evidentemente, a hipótese dos autos'".

60 STF, DJU, 9 maio 2003, ADC 3/DF, Rei. Min. Nelson Jobim; DJU, 6 dez. 2002, ADIn 2.666/DF, Rei. Min. Ellen Gracie; e DJU, 17 out. 2003, ADIn 2.031/DF, Rei. Min. Ellen Gracie: "Proposta de emenda que, votada e aprovada no Senado Federal, sofreu alteração na Câmara dos Deputados, tendo sido promulgada sem que tivesse retornado à Casa iniciadora para nova votação quanto à parte objeto de modificação. Inexistência de ofensa ao art. 60, § 2^2, no tocante à alteração implementada no § 1^2 do art. 75 do ADCT, que não importou em mudança substancial do sentido daquilo que foi aprovado no Senado Federal. Ofensa existente quanto ao § 3^2 do novo art. 75 do ADCT, tendo em vista que a expressão suprimida pela Câmara dos Deputados deveria ter dado azo ao retorno da proposta ao Senado Federal, para nova apreciação, visando ao cumprimento do disposto no § 2^2 do art. 60 da Carta Política".

VI LIMITES MATERIAIS

1 Noção e antecedentes

Como muitas vezes registrado, as Constituições não podem aspirar à perenidade do seu texto. Se não tiverem plasticidade diante de novas realidades e demandas sociais, sucumbirão ao tempo. Por essa razão,

comportam mecanismos de mudança formal e informal, pressupostos de sua continuidade histórica. Nada obstante, para que haja sentido na sua preservação, uma Constituição deverá conservar a essência de sua identidade original, o núcleo de decisões políticas e de valores fundamentais que justificaram sua criação[61]. Essa identidade, também referida como o espírito da Constituição[62], é protegida pela existência de limites materiais ao poder de reforma, previstos de modo expresso em inúmeras Cartas. São as denominadas cláusulas de intangibilidade ou cláusulas pétreas, nas quais são inscritas as matérias que ficam fora do alcance do constituinte derivado[63].

Esse tipo de restrição à aprovação de emendas referentes a determinados objetos ou conteúdos vem desde a Constituição americana, de 1787, cujo art. 5- continha duas limitações materiais ao poder de reforma: não era possível proibir a importação de escravos antes de 1808 - comando que tangencia também as limitações temporais, referidas acima - e nenhum Estado poderia ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado[64]. Por

61 Sobre o tema, v. Carl Schmitt, Teoria de la Constitución, 2001, p. 118 e s., que adverte que o poder de reformar não é o destruir, pelo que devem ser garantidas "a identidade e a continuidade da Constituição como um todo". Sobre identidade constitucional, v. tb. Michel Ro- senfeld, A identidade do sujeito constitucional, 2003.

62 Peter Hàberle, VÉtat constitutionnel, 2004, p. 125.

63 Os limites materiais, cláusulas pétreas ou cláusulas de intangibilidade desempenham papel mais amplo do que o de balizar e conter o poder de reforma constitucional. Por condensarem as decisões políticas essenciais e os valores mais elevados de determinada ordem jurídica, funcionam também como princípios fundamentais que irão orientar a interpretação constitucional, dando unidade e harmonia ao sistema. Ademais, no caso brasileiro, servem de conteúdo ao conceito indeterminado de "preceito fundamental", para fins de cabimento da ação referida no art. 102, § I[2], da Constituição. Aqui, no entanto, eles serão analisados na sua função mais típica, que é a de impedir a deliberação de emendas constitucionais acerca de matérias predeterminadas pelo constituinte originário.

64 Constituição dos Estados Unidos da América: "Art. 5[2] (...) Nenhuma emenda poderá, antes do ano 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9 do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado". "Art. I[2], Seção 9: 1. A migração ou a admissão de indivíduos, que qualquer dos Estados ora existentes julgar conveniente permitir, não será proibida pelo Congresso antes de 1808; mas sobre essa admissão poder-se-á lançar um imposto ou direito não superior a dez dólares por pessoa".

sua vez, a Constituição francesa de 1884 vedava que a forma republicana de governo fosse objeto de revisão[65]. Sem embargo desses antecedentes, foi sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, como reação aos modelos totalitários do nazismo e do fascismo, que a inclusão de limites materiais expressos nos textos constitucionais se generalizou[66].

Nessa linha, a Constituição italiana, de 1948, estabeleceu que a forma republicana de governo não poderia ser objeto de revisão[67]. Contudo, a grande referência para o constitucionalismo contemporâneo, em tema de limitação material ao poder de reforma, foi a Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Nela se previu, no art. 79.3, a vedação às modificações constitucionais que afetassem a Federação, a cooperação dos Estados-membros na legislação, a proteção da dignidade do homem e o Estado democrático e social[68]. Apesar de a fórmula haver sido seguida por diferentes países, não é banal a justificação da imposição de uma restrição de caráter absoluto ao poder das maiorias políticas de reformarem a Constituição. A seguir uma breve reflexão sobre as duas linhas de legitimação das cláusulas de intangibilidade. A primeira delas é ligada à idéia de identidade constitucional; a segunda, à de defesa do Estado democrático.

65 A Lei Constitucional de 14 de agosto de 1884 dispunha no seu art. 2°: "A forma republicana de governo não pode ser objeto de proposta de revisão". Texto obtido em: http://mjp.univperp.fr/france/col875r.htm#84, acesso em: 6.5.2007.

66 Pedro de Vega, La reforma constitucional y la problemática dei poder constituyente, 1999, p. 245-246. Apesar de amplamente disseminada, a fórmula não se tornou a regra geral, como bem observou Cármen Lúcia Antunes Rocha, Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional, Revista de Informação Legislativa, 120.159, 1993: "Constituem minoria as Constituições que estabelecem, expressamente, os limites materiais ao exercício do poder constituinte derivado de reforma. (...) Em 1980, de 142 constituições escritas vigentes no mundo, 38 (trinta e oito) faziam constar, expressamente, nos seus dispositivos, normas referentes aos limites materiais".

67 Constituição italiana: "Art. 139. A forma republicana de governo não pode ser objeto de revisão constitucional".

68 Constituição alemã: "Art. 79.3: Não é permitida qualquer modificação desta Lei Fundamental que afete a divisão da Federação em Estados, ou o princípio da cooperação dos Estados na legislação, ou os princípios consignados nos artigos 1 e 20". Assim estabelecem os dispositivos referidos: "Artigo 1 (Proteção da dignidade do homem). (1) A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, portanto, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamentos de

qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais a seguir discriminados constituem direito diretamente aplicável para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário". "Artigo 20 (Princípios constitucionais - Direito de resistência). (1) A República Federal da Alemanha é um Estado Federal, democrático e social. (2) Todo o poder estatal dimana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. (3) O Poder Legislativo está vinculado à ordem constitucional; os Poderes Executivo e Judiciário obedecem à lei e ao direito. (4) Não havendo outra alternativa, todos os alemães têm o direito de resistência contra quem tentar subverter esta ordem".

2 Fundamento de legitimidade

As Constituições, como estudado anteriormente, são elaboradas em quatro grandes cenários: criação ou emancipação de um Estado, reestruturação do Estado após uma guerra, na seqüência de movimento revolucionário ou culminando algum processo de transição política negociada. Em todas essas situações verifica-se uma ruptura com a ordem jurídica anterior e a instituição de outra ordem jurídica, fundada em novos valores e em nova idéia de Direito. A essência desses valores e desse Direito dá identidade à Constituição. Se eles não forem preservados, estar-se-á diante de uma nova Constituição, e não de uma mudança constitucional. Ora bem: para elaborar uma nova Constituição, impõe-se a convocação de uma assembleia constituinte, e não o exercício do poder reformador[69].

Por exemplo: não é possível, por mera reforma constitucional, passar de um Estado liberal capitalista para uma economia planificada, com apropriação coletiva dos meios de produção. Ou, em determinados países, voltar a um regime de Estado unitário, sem autonomia para os Estados-membros; ou restabelecer a monarquia, substituindo o voto periódico no Chefe de Estado pela sucessão hereditária. Em todos esses exemplos, o fundamento da ordem constitucional, seu espírito, sua identidade, estaria sendo objeto de transformação. É legítimo que o constituinte originário - isto é, o povo - estabeleça limites ao constituinte derivado - isto é, aos representantes do povo -, de modo que alterações profundas e radicais exijam nova manifestação do titular da soberania: o povo, o constituinte originário.

O segundo fundamento de legitimação das cláusulas pétreas é a defesa da democracia. No Estado constitucional de direito, diversos institutos se desenvolveram no exato ponto de interseção entre constitucionalismo e democracia, exibindo a tensão que por vezes surge entre ambos. São exemplos dessa situação a rigidez constitucional - que exige maioria qualificada para aprovação de emendas - e os limites materiais ao poder de reforma. E, também, o controle de constitucionalidade - que permite à corte constitucional invalidar deliberações legislativas da maioria[70]. Relembre-se que o

constitucionalismo se funda na limitação do poder e na preservação de valores e direitos fundamentais. A democracia, por sua vez, é um conceito construído a partir da soberania popular,

69 Para o aprofundamento da idéia de identidade constitucional, v. Michel Rosenfeld, The problem of "identity" in constitutional making and constitutional reform, 2003, mimeografado, colhido no sítio http://ssrn.com/abstract=870437. V., também, do mesmo autor, A identidade do sujeito constitucional, 2003.

70 Relembre-se que o constitucionalismo se funda na limitação do poder e na preservação de valores e direitos fundamentais. A democracia, por sua vez, é um conceito construído a partir da soberania popular, em cujo âmbito se situa o princípio majoritário.

em cujo âmbito se situa a regra majoritária. Assim sendo, sempre que se impede a prevalência da vontade da maioria produz-se, automaticamente, uma tensão com o princípio democrático.

Essa tensão pode ser superada, no entanto, pela percepção de que a democracia não se esgota na afirmação simplista da vontade majoritária, mas tem outros aspectos substantivos e procedimentais de observância obrigatória. Os limites materiais têm por finalidade, precisamente, retirar do poder de disposição das maiorias parlamentares elementos tidos como pressupostos ou condições indispensáveis ao funcionamento do Estado constitucional democrático. As cláusulas pétreas ou de intangibilidade são a expressão mais radical de au- tovinculação ou pré-compromisso, por via do qual a soberania popular limita o seu poder no futuro para proteger a democracia contra o efeito destrutivo das paixões, dos interesses e das tentações. Funcionam, assim, como a reserva moral mínima de um sistema constitucional[71].

Feito o breve desvio teórico, é bem de ver que inúmeras Constituições consagram cláusulas de intangibilidade. Assim, nos mesmos termos da Constituição italiana, também a Constituição francesa, de 1958, veda qualquer deliberação que tenha por objeto a revisão da forma republicana de governo[72]. A Constituição da Grécia, de 1975, exclui da possibilidade de revisão o fundamento e a forma de República parlamentar, assim como a proteção da pessoa humana e outros direitos fundamentais (como a igualdade, a liberdade pessoal, a liberdade de crença religiosa)[73]. A Constituição portuguesa, cujo texto original é de 1976, mas que foi objeto de inúmeras revisões, prevê um elenco analítico de cláusulas pétreas, dentre as quais a forma republicana de governo, a separação entre Igrejas e Estado, os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, o sufrágio universal, direto, secreto e periódico, em meio a outras[74].

71 Sobre as idéias de autovinculação ou pré-compromisso, v. supra, Capítulos IV e VI. A propósito do papel das cláusulas pétreas ou "supraconstitucionais", v. especialmente Oscar Vilhena Vieira, A

Constituição e sua reserva de justiça, 1999, p. 230: "Os princípios a serem protegidos do poder constituinte reformador, por intermédio de cláusulas superconstitucionais, devem constituir a reserva básica de justiça constitucional de um sistema, um núcleo básico que organize os procedimentos democráticos, como mecanismo de realização da igualdade política e do qual possam ser derivadas as liberdades, garantias legais, inclusive institucionais, e os direitos às condições materiais básicas".

72 Constituição francesa: "Art. 89. (...) A forma republicana de governo não poderá ser objeto de revisão".

73 Constituição grega: "Art. 110, 1. Serão susceptíveis de revisão os preceitos da Constituição, exceto aqueles que estabelecem o fundamento e a forma de República parlamentar, assim como as disposições do art. 2fi, 1, art. 4a, 1, 4 e 7, art. 5fi, 1 e 3, art. 13, 1, e do art. 264".

74 Constituição portuguesa: "Artigo 2882 (Limites materiais da revisão). As leis de revisão constitucional terão de respeitar: a) A independência nacional e a unidade do Estado; b) A forma republicana de governo; c) A separação das Igrejas do Estado; d) Os direitos, liberdades

3 A questão da dupla revisão

A propósito, sob a Constituição portuguesa colocou-se, concretamente, um importante e complexo debate envolvendo as cláusulas pétreas: a possibilidade ou não de sua modificação ou supressão por via de reforma constitucional. Sob a crítica de parte importante da doutrina, desenvolveu-se lá a figura da dupla revisão, por via da qual se admitiu a alteração ou a eliminação dos limites materiais, com a subsequente aprovação de reforma em matérias anteriormente protegidas. Dito de forma esquemática: no momento i é revista a cláusula de intangibilidade; no momento 2 reveem-se disposições antes intocáveis. Assim se passou em Portugal, em um ambiente no qual, por trás do debate doutrinário, encontrava-se o debate ideológico acerca da preservação ou não, no texto constitucional, do modelo socialista".

Em sede doutrinária, a tese da dupla revisão tem defensores76 e críti

e garantias dos cidadãos; e) Os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais; f) A coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; g) A existência de planos econômicos no âmbito de uma economia mista; h) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autônomas e do poder local, bem como o sistema de representação proporcional; i) O pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos, e o direito de oposição democrática; j) A separação e a interdependência dos órgãos de soberania; 1) A fiscalização da constitucionalidade por acção ou por omissão de normas

jurídicas; m) A independência dos tribunais; n) A autonomia das autarquias locais; o) A autonomia político-administrativa dos arquipélagos dos Açores e da Madeira".

75 Na segunda revisão à Constituição portuguesa de 1976, levada a efeito em 1989, procedeu-se à ampla reformulação do art. 290, que enunciava os limites materiais à revisão (que passaria a ser o art. 288), com aceitação da idéia de dupla revisão não simultânea. Nessa ocasião, suprimiram-se três dos limites que a redação original enunciava, constantes das alíneas/, g e j, que dispunham sobre: "a apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos"; sobre "a planificação democrática da economia"; e sobre "a participação das organizações populares de base no exercício do poder local". Paralelamente, incluíram-se duas novas previsões, que se tornaram as alíneas /e g, transcritas acima.

76 Em Portugal, na defesa da modificabilidade dos limites materiais, v. Jorge Miranda, Manual de direito constitucional, 1987, t. II, p. 181: "As cláusulas de limites materiais são possíveis, é legítimo ao poder constituinte (originário) decretá-las e é forçoso que sejam cumpridas enquanto estiverem em vigor. Todavia, são normas constitucionais como quaisquer outras e podem elas próprias ser objecto de revisão, com as conseqüências inerentes". Em edição posterior, revendo parcialmente e esclarecendo melhor seu ponto de vista, voltou ao tema o mestre português, na edição de 2000 de seu festejado Manual (p. 200): "[As cláusulas de limite] não podem impedir futuras alterações que atinjam tais limites, porque o poder constituinte é, por definição, soberano. O que obrigam é a dois processos, em tempos sucessivos, um para eliminar o limite da revisão e o outro para substituir a norma constitucional de fundo garantida através dele; o que obrigam é a tornar patente, a darem-se as modificações que dificultam, que a Constituição em sentido material já não é a mesma". No Brasil, a

cos[77] de expressão. Na medida em que as cláusulas pétreas representem o núcleo de identidade e a reserva moral de uma dada ordem constitucional, devem elas ser imunes à possibilidade de reforma. Se o poder constituinte derivado puder alterar as regras acerca do seu próprio exercício, ele se torna onipotente, con- vertendo-se indevidamente em originário. Alguns autores admitem a possibilidade de supressão das cláusulas pétreas desde que tal reforma seja levada ã ratificação popular[78]. É bem de ver, no entanto, que o referendo, para equiparar-se ao poder constituinte originário, exige elementos subjetivos e objetivos (v. supra). Se eles estiverem presentes, a reforma será legítima, não como obra do poder reformador, mas pela chancela do constituinte originário.

tese da dupla revisão é abertamente defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Significação e alcance das cláusulas pétreas, Revista de Direito Administrativo, 202:11, 1995, p. 14-15. Em seu texto, defende ele o seguinte ponto de vista: as matérias protegidas pelas cláusulas pétreas são imodificáveis enquanto elas vigorarem. Mas o

dispositivo que institui os limites materiais (no caso da CF 1988, o art. 60, § 4ª) não é, ele próprio, uma cláusula pétrea. Logo, pode ser emendado. Diante dessa constatação, a tese da intocabilidade das regras que disciplinam a alteração de norma constitucional constitui "afirmação gratuita, ou que só se fundamenta com o apelo a cláusulas implícitas, pois estas há para todos os gostos". Também em .linha de defesa da possibilidade de se reformarem os limites materiais, v. Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1 de 1969), 1987, t. III, p. 145.

77 Contra a possibilidade de dupla revisão, v„ na doutrina portuguesa: Vital Moreira, Constituição e revisão constitucional, 1980, p. 106 e s.; e J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 1067-1069. Ainda na doutrina comparada, v. Pedro de Vega, La reforma constitucional)/ la problemática dei poder constituyente, 1999, p. 265-266. Na doutrina brasileira, v. Ingo Wolfgang Sarlet, Algumas notas sobre o poder de reforma da Constituição e os seus limites materiais no Brasil, in Direito e poder, 2005, p. 291; e Luís Virgílio Afonso da Silva, Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado, Revista de Direito Administrativo, 226:11, 2001, p. 17: "O poder de reforma constitucional, outorgado ao legislador pelo art. 60 da Constituição, é um poder derivado, constituído pelo titular do poder constituinte originário. Ora, se um poder é outorgado por alguém, parece lógico que os limites desse poder só podem ser modificados pelo outorgante, nunca pelo próprio outorgado".

78 Nesse sentido, v. Cármen Lúcia Antunes Rocha, Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional, Revista de Informação Legislativa, 120:159, 1993, p. 181-182: "Penso - mudando opinião que anteriormente cheguei a externar - que as cláusulas constitucionais que contêm os limites materiais expressos não podem ser consideradas absolutamente imutáveis ou dotadas de natureza tal que impeçam totalmente o exercício do poder constituinte derivado de reforma. Pelo menos não em um ou outro ponto. (...) De outra parte, considero imprescindível que, num sistema democrático, a reforma deste ponto nodular central intangível, inicialmente, ao reformador dependerá, necessária e imprescindivelmente, da utilização de instrumentos concretos, sérios e eficazes de aferição da legitimidade da reforma, instrumentos estes da democracia direta, pois já então não se estará a cogitar da reforma regularmente feita segundo parâmetros normativos previamente fixados, mas de modificações de gravidade e conseqüências imediatas jiara um povo, que se insurge e decide alterar o que se preestabelecera como, em princípio, imodificável".

4 Os limites materiais implícitos

Nesse ponto, o debate conduz ao tema dos limites materiais implícitos, também ditos tácitos ou imanentes. O reconhecimento da existência de tal categoria, embora não seja pacífico[79], afigura-se logicamente inafastável. É que se eles não existissem, as Constituições que

não contivessem no seu texto cláusulas de intangibilidade não teriam como proteger sua identidade ou os pressupostos democráticos sobre os quais se assentam[80]. É claro que uma Constituição pode ser politicamente derrotada por um movimento popular ou por um golpe ditatorial. Mas, no primeiro caso, uma nova Constituição adviria como obra do constituinte originário. E, no segundo, estar-se-ia diante de uma situação de fato, de derrota eventual do Direito, e não de um procedimento válido[81].

Aliás, na medida em que os limites materiais expressem a identidade da Constituição e as salvaguardas democráticas, sua natureza é declaratória, e não constitutiva. Por essa razão, a presença de cláusulas pétreas no texto não exclui a possibilidade de se reconhecer a existência de limites implícitos. De fora parte as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte originário, há quatro categorias de normas que a doutrina, classicamente, situa fora do alcance do poder revisor, independentemente de previsão expressa. São elas as relativas[82]:

Iª) aos direitos fundamentais, que no caso brasileiro já se encontram, ao menos em parte, protegidos por disposição expressa (CF, art. 60, § 4[281]);

79 Em sentido oposto, como já registrado acima, a posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Significação e alcance das cláusulas pétreas, Revista de Direito Administrativo, 202:11, 1995, p. 14. Nelson de Souza Sampaio, O poder de reforma constitucional, 1995, p. 90, identifica diversos opositores das idéias, com remissão a obra de Linares Quintana. Dentre eles: Westel Willoughby, Arturo Enrique Sampay, Júlio Cueto Rua e Tena Ramirez.

80 Sobre o ponto, v. J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 1066: "As constituições que não previssem limites textuais expressos transformar-se-iam em meras leis provisórias, em constituições em branco (Blanko-Verfassung), totalmente subordinadas à discricionariedade do poder de revisão".

81 É precisamente essa incapacidade de se impor diante das conjunturas de crise política e institucional que leva alguns autores a se manifestarem contra a inclusão de cláusulas de intangibilidade nos textos constitucionais. Nesse sentido, v. Karl Loewenstein, Teoria de la Constitución, 1976, p. 192; e Jorge Reinaldo Vanossi, Teoria constitucional, 1975, p. 188-192. Para um tratamento mais analítico do tema, v. tb. Pedro de Vega, La reforma constitucionaly la problemática dei poder constituyente, 1999, p. 262-265.

82 V. o texto clássico no direito brasileiro de Nelson de Souza Sampaio, O poder de reforma constitucional, 1995, p. 89 e s., no qual o autor expõe, de maneira sistemática e densa, a doutrina acerca da matéria, por ele referida como limitações materiais inerentes ou naturais. Sua pesquisa serviu de fio condutor para os tópicos abaixo.

83 O STF já entendeu, invocando o art. 5[fi], § 2-: "os

direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados..." - que há direitos fundamentais protegidos com base em cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4ª) fora

2-) ao titular do poder constituinte originário, haja vista que a soberania popular é pressuposto do regime constitucional democrático e, como tal, in- derrogável;

35) ao titular do poder reformador, que não pode renunciar à sua competência nem, menos ainda, delegá-la, embora nesse particular existam precedentes históricos, alguns deles bastante problemáticos[84];

4^) ao procedimento que disciplina o poder de reforma, pois este, como um poder delegado pelo constituinte originário, não pode alterar as condições da própria delegação[85].

5 Cláusulas pétreas e hierarquia

Antes de seguir adiante, para estudar o tema no âmbito do constitucionalismo brasileiro, cabe fazer uma reflexão teórica. Os limites materiais atribuem a determinados conteúdos da Constituição uma super-rigidez, impedindo sua supressão[86]. Diante disso, há quem sustente que as normas constitucionais

do elenco expresso contido no art. 52. V. STF, DJU, 18 mar. 1994, ADIn 939/DF, Rei. Min. 'Sydney Sanches, no qual se declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da EC n. 3, 17.3.1993, sob o fundamento de que a cobrança de determinado tributo no mesmo exercício (IPMF) violou "o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 52, § 2-, art. 60, § 4ª, inciso IV, e art. 150, III, 'b' da Constituição".

84 Foi esse o caso, por exemplo, da Lei alemã de 24.3.1933, que concedeu plenos poderes a Hitler, cujo art. 2- previu que "as leis do Reich decretadas pelo governo poderão revogar as prescrições da Constituição do Reich". Também a Lei francesa de 10.7.1940 previu em seu artigo único: "A Assembleia Nacional dá todos os poderes ao Governo da República, sob a autoridade e a assinatura do Marechal Petain, a fim de promulgar, por um ou vários atos, uma nova Constituição do Estado francês. (...) Ela será ratificada pela nação, e aplicada pelas assembleias que ela criar". Em conjuntura diversa, o parlamento francês alterou, de certa forma, a titularidade do poder de revisão, permitindo a reforma da Constituição pelo governo, nos seguintes termos: "O governo da República estabelece, em conselho de ministros, após parecer do Conselho de Estado, um projeto de lei constitucional que será submetido a referendo". Na prática, no entanto, ali se exerceu o poder constituinte originário, que deu lugar ao surgimento da Constituição de 1958.

85 V. Emmanuel Joseph Sieyès, 0 que é o terceiro Estado (na edição brasileira, A constituinte burguesa, 1986), p. 115-116: "[N]ão é próprio ao corpo dos delegados, mudar os limites do poder que lhe foi

confiado. Achamos que esta faculdade seria contraditória consigo mesma". Como já assinalado, há precedente no Brasil, ocorrido durante o regime militar, quando a EC n. 8, de 14.7.1977, reduziu o quorum de aprovação de emenda constitucional de dois terços para maioria absoluta. Relembre-se que a inovação foi introduzida com base na legislação ditatorial (Ato Institucional n. 5, de 13.12.1968) e não houve, como intuitivo, qualquer questionamento judicial.

86 V. Geraldo Ataliba, República e Constituição, 1985, p. 38.

protegidas por cláusulas pétreas têm hierarquia superior às demais[87]. É inegável que o reconhecimento de limites materiais faz surgir duas espécies de normas: as que podem ser revogadas pelo poder de reforma e as que não podem. As que são irrevogáveis tornam inválidas eventuais emendas que tenham essa pretensão, ao passo que as normas constitucionais revogáveis são substituídas pelas emendas que venham a ser aprovadas com esse propósito. A questão, no entanto, envolve a função de cada uma dessas categorias de normas dentro do sistema, mas não a sua posição hierárquica.

Com efeito, hierarquia, em Direito, designa o fato de uma norma colher o seu fundamento de validade em outra, sendo inválida se contravier a norma matriz[88]. Ora bem: não é isso que se passa na situação aqui descrita. Pelo princípio da unidade da Constituição, inexiste hierarquia entre normas constitucionais originárias, que jamais poderão ser declaradas inconstitucionais umas em face das outras. A proteção especial dada às normas amparadas por cláusulas pétreas sobrelevam seu status político ou sua carga valorativa, com importantes repercussões hermenêuticas, mas não lhes atribui superioridade jurídica. No direito brasileiro, há jurisprudência específica sobre o ponto[89].

6 Os limites materiais na experiência brasileira e na Constituição de 1988

A primeira Constituição brasileira a conter limitação material expressa ao poder de revisão foi a de 1891, que concedia proteção especial à república, à

87 Nesse sentido, vejam-se: Klaus Stern, Derecho dei Estado de la República Federal Alemana, 1987, p. 265 e s.; Pedro de Vega, La reforma constitucionaly la problemática dei poder constituyente, 1999, p. 258; e Oscar Vilhena Vieira, A Constituição e sua reserva de justiça, 1999, p. 112 e 135.

88 Hans Kelsen, Teoria pura do Direito, 1979, p. 269: "[A] norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior".

89 Na ADIn 815/DF (DJU, 10 maio 1996), ajuizada pelo Governador do Rio Grande do Sul, sustentou-se a existência de normas constitucionais - como as cláusulas pétreas - superiores a outras normas, também constitucionais. No caso específico, alegou-se que as normas

contidas nos §§ 1^2 e 2^2 do art. 45 da Constituição, que fixavam os números máximo e mínimo de deputados por Estado e por Território, violavam os princípios constitucionais "superiores" da igualdade, da igualdade de voto, do exercício pelo povo do poder e da cidadania. O relator da ação. Ministro Moreira Alves, após afirmar que a tese da hierarquia entre normas constitucionais originárias era "incompossível" com o sistema de Constituição rígida, discorreu sobre o ponto específico aqui versado: "Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para a sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se imponha ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas".

federação e ã igualdade de representação dos Estados no Senado. À exceção da Carta de 1937, as Constituições subsequentes à primeira Constituição republicana - as de 1934, 1946, 1967 e 1969 - mantiveram a república e a federação como cláusulas pétreas. A igualdade no Senado não voltou a ser mencionada. Na Constituição de 1988, a matéria vem tratada no art. 60, § 4^2, que não faz menção à república - a forma de governo veio a ser objeto de plebiscito previsto no art. 2- do ADCT. No entanto, diversos outros pontos foram acrescentados ao elenco tradicional, como se colhe na dicção expressa do texto constitucional:

Art. 60. (...)

§ 4^2 Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa do Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

A locução tendente a abolir deve ser interpretada com equilíbrio. Por um lado, ela deve servir para que se impeça a erosão do conteúdo substantivo das cláusulas protegidas. De outra parte, não deve prestar-se a ser uma inútil muralha contra o vento da história, petrificando determinado status quo. A Constituição não pode abdicar da salvaguarda de sua própria identidade, assim como da preservação e promoção de valores e direitos fundamentais; mas não deve ter a pretensão de suprimir a deliberação majoritária legítima dos órgãos de representação popular, juridicizando além da conta o espaço próprio da política. O juiz constitucional não deve ser prisioneiro do passado, mas militante do presente e passageiro do futuro.

Ao exercer o controle sobre a atuação do poder reformador, o intérprete constitucional deve pautar-se por mecanismos tradicionais de

autocontenção judicial[90] e pelo princípio da presunção de constitucionalidade[91]. A cautela e

90 Não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade razoável de se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade. Além disso, havendo alguma interpretação possível que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.

91 Para uma análise da doutrina e jurisprudência relativas ao princípio, v. Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 2004, onde se lavrou, na p. 177: "A declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em qualquer caso, é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos

deferência próprias da jurisdição constitucional acentuam-se aqui pelo fato de se tratar de uma emenda à Constituição, cuja aprovação tem o batismo da maioria qualificada de três quintos de cada Casa do Congresso Nacional. A declaração de inconstitucionalidade de uma emenda é possível, como se sabe, mas não fará parte da rotina da vida[92]. Há duas razões relevantes e complementares pelas quais a interpretação das cláusulas pétreas deve ser feita sem alargamento do seu sentido e alcance: a) para não sufocar o espaço de conformação reservado à deliberação democrática, exacerbando a atuação contramajoritária do Judiciário; e b) para não engessar o texto constitucional, o que obrigaria à convocação repetida e desestabilizadora do poder constituinte originário[93].

Há um último comentário pertinente, antes de se avançar no estudo de cada uma das cláusulas do § 4ª do art. 60. A observação panorâmica das cláusulas pétreas abrigadas nas Constituições dos países democráticos revela que, em geral, elas veiculam princípios fundamentais e, menos freqüentemente, regras que representem concretizações diretas desses princípios. Não é meramente casual que seja assim. Princípios, como se sabe, caracterizam-se pela relativa indeterminação de seu conteúdo. Trazem em si, porém, um núcleo de sentido, em cujo âmbito funcionam como regras, prescrevendo objetivamente determinadas condutas. Para além desse núcleo, existe um espaço de conformação, cujo

demais Poderes. A atribuição institucional de dizer a última palavra sobre a interpretação de uma norma não o dispensa de considerar as possibilidades legítimas de interpretação pelos outros Poderes. No tocante ao controle de constitucionalidade por ação direta, a atuação do Judiciário deverá ser ainda mais contida. É que, nesse caso, além da excepcionalidade de rever atos de outros Poderes, o Judiciário desempenha função atípica, sem cunho jurisdicio- nal, pelo que deve atuar parcimoniosamente".

92 A parcimônia é a tônica nessa matéria. Para um histórico da questão na jurisprudência norte-americana e alemã, v. Gilmar Ferreira Mendes, Plebiscito - EC 2/92, Revista Trimestral de Direito Público, 7:105, 1994. O autor demonstra que ambas as Cortes Constitucionais admitem, em tese, a possibilidade de controlar a constitucionalidade material de emendas à Constituição, mas que, na prática, a hipótese é excepcional. Sobre o mesmo tema, v. tb. Oscar Vilhena Vieira, A Constituição e sua reserva de justiça, 1999. No Brasil, como já assinalado, existe um conjunto limitado, mas significativo de precedentes.

93 Sobre o tema, v. o obiter dictum do Ministro Sepúlveda Pertence, no MS 23.047 {DJU, 14 nov. 2003, p. 14): "Convém não olvidar que, no ponto, uma interpretação radical e expansiva das normas de intangibilidade da Constituição, antes de assegurar a estabilidade institucional, é a que arrisca legitimar rupturas revolucionárias ou dar pretexto fácil à tentação dos golpes de Estado". V. tb. Gilmar Ferreira Mendes, Plebiscito - EC 2/92, Revista Trimestral de Direito Público, 7:105, 1994, p. 118: "Não só a formulação ampla dessas cláusulas, mas também a possibilidade de que por meio de uma interpretação compreensiva diferentes disposições constitucionais possam (ou devam) ser imantadas com a garantia da imutabilidade têm levado doutrina e jurisprudência a advertir contra o perigo de um congelamento do sistema constitucional, que, ao invés de contribuir para a continuidade da ordem constitucional, acabaria por antecipar sua ruptura".

preenchimento é atribuído prioritariamente aos órgãos de deliberação majoritária, por força do princípio democrático[94]. Aí não caberia mais ao Judiciário impor sua visão do que seria a concretização ideal de determinado princípio[95].

Essa linha de entendimento tem encontrado acolhimento seguro na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na interpretação do sentido e alcance das cláusulas pétreas. Ainda sob a égide da Constituição de 1967-1969 foi seguida pela Corte, embora em conjuntura adversa às liberdades democráticas[96].

94 Princípios têm sentido e alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras. A partir de determinado ponto, no entanto, ingressa-se em um espaço de indetermi- nação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete. Essa característica dos princípios, aliás, é que permite que a norma se adapte, ao longo do tempo, a diferentes realidades, além de permitir a realização da vontade da maioria, inerente ao regime democrático. Há, portanto, um sentido mínimo, oponível a qualquer grupo que venha a exercer o poder, e também um espaço cujo conteúdo será preenchido pela deliberação democrática. Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2001, p. 53.

95 Nesse mesmo sentido, confiram-se,

exemplificativamente, J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 1069: "De qualquer modo, a inaceitabilidade da dupla revisão não é um elemento impeditivo de alterações substanciais, constitucionalmente legítimas. Os limites materiais devem considerar-se como garantias de determinados princípios, independentemente da sua concreta expressão constitucional, e não como garantias de cada princípio na formulação concreta que tem na Constituição"; Oscar Vilhena Vieira, A Constituição e sua reserva de justiça, 1999, p. 247: "Interpretadas adequadamente, as cláusulas super- constitucionais não constituirão obstáculo à democracia, mas servirão como mecanismos que, num momento de reformulação da ordem constitucional, permitirão a continuidade e o aperfeiçoamento do sistema constitucional democrático, habilitando cada geração a escolher seu próprio destino sem, no entanto, estar constitucionalmente autorizada a furtar esse mesmo direito às gerações futuras"; e Ingo Wolfgang Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, 2004, p. 389: "A garantia de determinados conteúdos da Constituição por meio da previsão das assim denominadas 'cláusulas pétreas' assume, desde logo, uma dúplice função, já que protege os conteúdos que compõem a identidade e estrutura essenciais da Constituição, proteção esta que, todavia, assegura estes conteúdos apenas na sua essência, não se opondo a desenvolvimentos ou modificações que preservem os princípios neles contidos".

96 Tratava-se de impugnação a emenda constitucional que prorrogava mandatos eletivos em pleno regime militar. A questão concreta subjacente, portanto, exibia as agruras políticas da época. Mas a tese jurídica era a de que o núcleo do princípio teria permanecido incólume. STF, DJU, 6 fev. 1981, MS 20.257/DF, Rei. originário Min. Cordeiro Guerra, Rei. p/ o acórdão Min. Moreira Alves: "A emenda constitucional, em causa, não viola, evidentemente, a república, que pressupõe a temporariedade dos mandatos eletivos. De feito, prorrogar mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato, como sustentam os impetrantes, sob a alegação de que, a admitir-se qualquer prorrogação, ínfima que fosse, estar-se-ia a admitir prorrogação por vinte, trinta ou mais anos. Julga-se à vista do fato concreto, e não de suposição, que, se vier a concretizar-se, merecerá, então, julgamento para aferir-se da existência, ou não, de fraude à proibição constitucional". Se isso é seguro quanto aos limites

Sob a vigência da Constituição de 1988, o tema foi enfrentado em mais de uma ocasião. Nelas o STF reafirmou que os limites materiais ao poder constituinte de reforma não significam a intangibilidade literal da disciplina dada ao tema pela Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos protegidos pelas cláusulas pétreas[97]. O que se protege, enfatizou-se, são as decisões políticas

fundamentais, e não qualquer tipo de metafísica ideológica[98]. Estabelecida essa premissa, confira-se cada uma das cláusulas pétreas em espécie.

6.1 A forma federativa do Estado

O Brasil é uma República Federativa, na dicção expressa do art. I[2] da Constituição[99]. Federação significa a forma de Estado, o modo como se dá a distribuição espacial do poder político. Nesse tipo de organização, em lugar de existir um único centro de poder, existem dois: o central e o federado. A forma federativa de Estado procura conciliar o respeito à diversidade de cada entidade política com elementos de unidade indispensáveis à preservação da soberania e da integridade nacionais. Existe, assim, um poder nacional (que é a soma do poder federal com o federado), um poder federal (titularizado pela União, ente

materiais ao poder de reforma, o mesmo não se pode dizer sobre os limites ao poder constituinte derivado decorrente, que é exercido por Estados-membros. O STF tem entendido que o constituinte estadual está limitado não só pelo "princípio" da separação de poderes, ma? também pelo "modelo" de separação de poderes instituído pelo constituinte originário. É o que a Corte tem denominado "princípio da simetria". V. Sérgio Ferrari, Constituição estadual e federação, 2003.

97 STF, DJU, 14 nov. 2003, p. 14, MS 23.047/DF, Rei. Min. Sepúlveda Pertence: "Reitero de logo que a meu ver as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4ª, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. Convém olvidar que, no ponto, uma interpretação radical e expansiva das normas de intangibilidade da Constituição, antes de assegurar a estabilidade institucional, é a que arrisca legítimas rupturas revolucionárias ou dar pretexto fácil à tentação de golpes de Estado".

98 STF, DJU, I[2] dez. 2000, ADInMC 2.024/DF, Rei. Min. Sepúlveda Pertence: "Não são tipos ideais de princípios e instituições que é lícito supor tenha a Constituição tido a pretensão de tornar imutáveis, mas sim as decisões políticas fundamentais, freqüentemente compromissó- rias, que se materializaram no seu texto positivo. O resto é metafísica ideológica. (...) A afirmação então reiterada de que os limites materiais à reforma constitucional - as já populares 'cláusulas pétreas' - não são garantias de intangibilidade de literalidade de preceitos constitucionais específicos da Constituição originária - que, assim, se tornariam imutáveis - mas sim do seu conteúdo nuclear é da opinião comum dos doutores (...)".

99 Constituição de 1988: "Art. I[2] A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal...".

federativo central) e um poder federado (que no caso brasileiro é exercido por Estados-membros e, em ampla medida, também

pelos Municípios)[100].

De forma sumária, a caracterização do Estado federal envolve a presença de três elementos: a) a repartição de competências, por via da qual cada entidade integrante da Federação receba competências políticas exercitáveis por direito próprio, freqüentemente classificadas em político-administrativas, legislativas e tributárias; b) a autonomia de cada ente, descrita classicamente como o poder de autodeterminação exercido dentro de um círculo pré-traçado pela Constituição, que assegura a cada ente estatal poder de auto-organização, autogover- no e autoadministração; e c) a participação na formação da vontade do ente global, do poder nacional, o que tradicionalmente se dá pela composição pari- tária do Senado Federal, onde todos os Estados têm igual representação.

Portanto, para que seja inválida por vulneração do limite material ao poder de reforma, uma emenda precisará afetar o núcleo essencial do princípio federativo, esvaziando o ente estatal de competências substantivas, privando-o de autonomia ou impedindo sua participação na formação da vontade federal. O STF não considerou haver violação da autonomia estadual no caso de emenda constitucional que alterou aspectos do regime previdenciário de servidores públicos estaduais[101], mas declarou a inconstitucionalidade, por esse funda- njento, de dispositivo de emenda constitucional que submeteu Estados e Municípios à obrigação de pagamento de um tributo federal[102]. Por outro lado, entendeu que a criação do Conselho Nacional de Justiça, com jurisdição sobre

100 A Constituição faz menção expressa aos Municípios como entes autônomos e integrantes da Federação: "Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição". Desfrutam eles, no entanto, de posição institucional mais limitada, por não terem Poder Judiciário nem representação federal.

101 A EC n. 20/98 modificou o regime de contribuição previdenciária dos servidores estaduais ocupantes exclusivamente de cargos em comissão ou de outro cargo temporário ou de emprego público, determinando que se submetessem ao regime geral da previdência social. V. STF, DJU, I2 dez. 2000, ADIn 2.024/DF, Rei. Min. Sepúlveda Pertence: "[À] vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988 - o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo. (...) Mas, o tema é previdenciário e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta da lei federal" (grifos no original).

102 A EC n. 3/93 instituiu o IPMF (imposto provisório sobre a movimentação ou a transmissão de valores e de créditos e direitos de

natureza financeira) e previu a sua cobrança também dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. V. STF, DJU, 18 mar. 1994, ADIn 939-7/DF, Rei. Min. Sydney Sanches, decisão na qual se reconheceu que tal previsão violava a imunidade recíproca das pessoas jurídicas de direito público, regra que integraria o núcleo essencial do princípio federativo.

os órgãos judiciários de todo o país, não viola a autonomia das Justiças estaduais por não se tratar ele de órgão da União, mas de órgão nacional[103].

6.2 O voto direto, secreto, universal e periódico

Esta é a única limitação material expressa que não é apresentada com o teor de uma cláusula geral principiológica, mas sim como uma regra, uma prescrição objetiva. É que, por circunstâncias históricas brasileiras, inclusive e notadamente em razão da mobilização política conhecida como "Diretas já"[104], o voto direto passou a ser o símbolo essencial do regime democrático. Por me- tonímia, o que se deve ler é que os elementos essenciais do Estado democrático são intangíveis. Note-se que a referência ao voto secreto visa a proteger a liberdade de participação política, que deve estar imune a injunções externas indevidas. A qualificação universal abriga a idéia de igual participação de todos e o caráter periódico reverencia um dos aspectos do ideal democrático-republi- cano, que é o controle popular e a alternância do poder. De todos os incisos do § 42 do art. 60, esse é o menos suscetível de figurar como paradigma para fins de controle de constitucionalidade de emendas.

6.3 A separação de Poderes

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação de Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto[105]. A separação de Poderes é um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, estando na origem da liberdade individual e dos demais direitos fundamentais. Em interessante decisão, na qual examinava a possibilidade de controle judicial dos atos das Comissões Parlamentares de Inquérito, o Supremo Tribunal Federal identificou esse sentido básico da sepa

103 STF, DJU, 25 abr. 2005, ADIn 3.367/DF, Rei. Min. Cezar Peluso.

104 Movimento que congregou múltiplos setores da sociedade brasileira e levou milhões de pessoas às ruas ao longo do ano de 1984. A grande reivindicação mediata era o fim da ditadura militar, mas o objetivo imediato era a aprovação de uma emenda constitucional que restabelecia as eleições diretas. A proposta de emenda constitucional foi rejeitada na Câmara dos Deputados, mas a mobilização abriu caminho para a eleição de Tancredo Neves, no ano seguinte, pelo Colégio Eleitoral. Ali se deu o epílogo do regime ditatorial no Brasil.

105 Nuno Piçarra, A separação dos Poderes como doutrina e

princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução, 1989, p. 26: "Na sua dimensão orgânico-fun- cional, o princípio da separação dos Poderes deve continuar a ser encarado como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo intangível".

ração de Poderes com a vedação da existência, no âmbito do Estado, de instâncias hegemônicas, que não estejam sujeitas a controle[106].

Há, por certo, diversas formas de realizar essas duas concepções básicas - divisão de funções entre órgãos diversos e controles recíprocos - e a experiência histórica dos diferentes países ilustra a tese. Na experiência brasileira, a doutrina mais autorizada extrai dessas idéias centrais dois corolários[107]: a especialização funcional e a necessidade de independência orgânica de cada um dos Poderes em face dos demais. A especialização funcional inclui a titularidade, por cada Poder, de determinadas competências privativas. A independência orgânica demanda, na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: (i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política[108]; e (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais Poderes.

Pois bem. Na linha do que já se expôs acima, é evidente que a cláusula pétrea de que trata o art. 60, § 4ª, III, não imobiliza os quase 100 (cem) artigos da Constituição que, direta ou indiretamente, delineiam determinada forma de relacionamento entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Muito diversamente, apenas haverá violação à cláusula pétrea da separação de Poderes se o seu conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado. Isto é: em primeiro lugar, se a modificação provocar uma concentração de funções em um poder ou consagrar, na expressão do STF, uma "instância hegemônica de poder"; e, secundariamente, se a inovação introduzida no sistema esvaziar a independência orgânica dos Poderes ou suas competências típicas.

Em suma: o parâmetro de controle com o qual eventuais emendas constitucionais devem ser confrontadas não é composto, por natural, de toda a

106 STF, DJU, 12 maio 2000, MS 23.452/RJ, Rei. Min. Celso de Mello: "O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional".

107 Sobre o ponto, v. José Afonso da Silva, Curso de direito

constitucional positivo, 2001, p. 113.

108 Note-se a propósito que a destituição do Chefe do Executivo por crime de responsabilidade é um processo de natureza político-administrativa pautado por regras constitucionais e legais, cuja observância é sindicável judicialmente. A Constituição trata diretamente do tema nos arts. 85 e 86. No plano infraconstitucional, a matéria vem disciplinada na Lei n. 1.079/50, aplicável ao Presidente da República e aos Governadores, bem como aos Ministros e Secretários de Estado, e no Decreto-Lei n. 201/67, referente aos Prefeitos e Vereadores.

regulamentação existente na Constituição sobre a separação de Poderes, mas apenas dos elementos essenciais do princípio, na linha descrita acima[109]. Novas maiorias estão obrigadas a respeitar esse conteúdo nuclear da separação de Poderes, mas não estarão eternamente vinculadas às opções específicas e pontuais formuladas pelo constituinte originário na matéria[110]. O Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade de dezenas de disposições de Constituições estaduais, por violação do princípio da separação de Poderes[111]. Mas não de emendas à Constituição Federal. A questão, no entanto, já foi debatida em mais de uma ocasião, inclusive em ação direta movida contra a Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004), na parte em que criou o Conselho Nacional de Justiça. A Corte entendeu inexistir violação ao princípio porque o CNJ integra a estrutura do Poder Judiciário e a presença, em sua composição, de um número minoritário de membros de fora do Judiciário - e não egressos diretamente da estrutura interna dos outros dois Poderes, ainda quando por eles indicados - não caracterizava ingerência de um Poder em outro[112].

109 Oscar Vilhena Vieira, A Constituição e sua reserva de justiça, 1999, p. 235: "Uma segunda tentação que deve ser evitada quando se controla a constitucionalidade de emendas à Constituição é buscar densificar os princípios abertos do texto exclusivamente a partir de dispositivos específicos da própria Constituição, que dão concretude constitucional aos princípios. Ainda que esse modelo de interpretação de princípios constitucionais - conforme os dispositivos mais concretos da Constituição - possa ser satisfatório para o processo de controle da' constitucionalidade das leis, dificilmente o será para a atividade de controle de emendas à Constituição. Se as emendas servem para corrigir e melhorar o texto da Constituição, estas não podem ter como limite todas as letras desse mesmo texto".

110 Um exemplo recente da atuação do poder constituinte derivado nesse particular foi a EC n. 32/2001, que restringiu a competência do Chefe do Poder Executivo para editar medidas provisórias. O exemplo é interessante, pois a atividade legislativa do Poder Executivo integra o espaço de interseção entre os Poderes, afetando a função atribuída tipicamente a outro Poder, no caso, o Legislativo.

111 E.g., viola o princípio da separação de Poderes norma da

Constituição estadual que prevê a convocação do Governador do Estado pela Assembleia Legislativa, para o fim de prestar informações pessoalmente, sob pena de crime de responsabilidade (DJU, 24 nov. 1989, ADInMC 111/BA, Rei. Min. Carlos Madeira), ou que cria Conselho Estadual de Justiça, integrado por membros externos à magistratura e destinado à fiscalização dos órgãos do Poder Judiciário (DJU, 3 out. 1997, ADIn 1.056/DF, Rei. Min. Marco Aurélio).

112 STF, DJU, 25 abr. 2005, ADIn 3.367/DF, Rei. Min. Cezar Peluso: "Sob o prisma constitucional brasileiro do sistema da separação dos Poderes, não se vê a priori como possa ofendê-lo a criação do Conselho Nacional de Justiça. À luz da estrutura que lhe deu a Emenda Constitucional n. 45/2004, trata-se de órgão próprio do Poder Judiciário (art. 92, I-A), composto, na maioria, por membros desse mesmo Poder (art. 103-B), nomeados sem interferência direta dos outros Poderes, dos quais o Legislativo apenas indica, fora de seus quadros e, pois, sem laivos de representação orgânica, dois dos quinze membros".

6.4 Os direitos e garantias individuais

Considerada do ponto de vista subjetivo, a idéia de direito expressa o poder de ação, assente na ordem jurídica, destinado à satisfação de um interesse[113]. Direito é a possibilidade de exercer poderes ou de exigir condutas. Garantias são instituições, condições materiais ou procedimentos colocados à disposição dos titulares de direitos para promovê-los ou resguardá-los[114]. Os direitos individuais configuram uma espécie de direitos constitucionais. Tais direitos, talhados no individualismo liberal, protegem os valores ligados à vida, à liberdade, à igualdade jurídica, à segurança e à propriedade. Destinam-se prioritariamente a impor limitações ao poder político, traçando uma esfera de proteção das pessoas em face do Estado. Deles resultam, em essência, deveres de abstenção para a autoridade pública e, como conseqüência, a preservação da iniciativa e da autonomia privadas.

Dois debates teóricos têm trazido complexidade à interpretação dessa cláusula. O primeiro deles relaciona-se com o fato de que o art. 5° da Constituição abriga um longo elenco de direitos individuais, deduzidos em dezenas de incisos. A indagação que se põe consiste em saber se tais direitos se limitam aos que constam dessa enunciação expressa ou se podem ser encontrados também em outras partes do texto constitucional. A segunda questão, imersa em controvérsia ainda maior, refere-se à literalidade do inciso IV do § 4ª do art. 60, que só faz menção a "direitos e garantias individuais". Cuida-se então de saber se, diante disso, os demais direitos tratados pela Constituição no Título II - dedicado aos direitos fundamentais - desfrutam ou não da mesma proteção.

A primeira questão já foi respondida pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Em decisão que se tornou histórica, por ser o primeiro precedente de declaração de inconstitucionalidade de dispositivo de emenda constitucional, o Tribunal adotou posição ousada e louvada: a de que

existem direitos protegidos pela cláusula do inciso IV do § 4ª do art. 60 que não se encontram expressos

113 Singulariza o direito subjetivo, distinguindo-o de outras posições jurídicas, a presença das seguintes características: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico; b) ele é violável, ou seja, existe a possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir o seu dever; c) a ordem jurídica coloca à disposição de seu titular um meio jurídico - que é a ação judicial - para exigir-lhe o cumprimento, deflagrando os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado. V. Luís Roberto Barroso, 0 direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2006, p. 99-100.

114 Existem garantias sociais - ligadas à geração e à distribuição de riquezas -, políticas - associadas à separação de Poderes e a outros mecanismos essenciais à democracia e ao exercício da cidadania - e jurídicas, que consistem nos diferentes institutos e ações judiciais dedutíveis perante o Poder Judiciário. V. Luís Roberto Barroso, 0 direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2006, p. 119 e s.

no elenco do art. 5-, inclusive e notadamente por força do seu § 2[2115]. E, assim, considerou que o princípio da anterioridade da lei tributária era um direito intangível, imunizado contra o poder de reforma constitucional[116]. Na ocasião, pelo menos um Ministro sustentou em seu voto que todas as limitações ao poder de tributar, inscritas no art. 150 da Constituição, eram intangíveis pelo constituinte derivado[117].

A segunda controvérsia remete ao reconhecimento da existência de diferentes categorias de direitos constitucionais, que o conhecimento convencional costuma dividir em gerações ou dimensões de direitos fundamentais[118], todas elas consagradas pela Constituição brasileira. Na primeira geração encontram-se os direitos individuais, que traçam a esfera de proteção das pessoas contra o poder do Estado, e os direitos políticos, que expressam os direitos da nacionalidade e os de participação política, que se sintetizam no direito de votar e ser votado. Na segunda geração estão os direitos sociais, econômicos e culturais, referidos normalmente como direitos sociais, que incluem os direitos trabalhistas e os direitos a determinadas prestações positivas do Estado, em áreas como educação, saúde, seguridade social e outras. Na terceira geração estão os direitos

115 Constituição de 1988, art. 5-, § 2-: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

116 STF, DJU, 18 mar. 1994, ADIn 939/DF, Rei. Min. Sydney Sanches: "12. Nem me parece que, além das exceções ao princípio da anterioridade, previstas expressamente no § 1£ do art, 150, pela Constituição originária, outras pudessem ser estabelecidas por emenda constitucional, ou seja, pela Constituição derivada. 13. Se não se entender

assim, o princípio e a garantia individual tributária, que ele encerra, ficariam esvaziados, mediante novas e sucessivas emendas constitucionais, alargando as exceções, seja para impostos previstos no texto originário, seja para os não previstos".

117 Voto do Ministro Carlos Mário Velloso na ADIn 939/DF, Rei. Min. Sydney Sanches: "No que tange ao princípio da anterioridade, deixei expresso o meu pensamento de que as garantias dos contribuintes, inscritas no art. 150 da Constituição, são intangíveis à mão do constituinte derivado, tendo em vista o disposto no art. 60, § 4[2], IV, da Constituição. Coerentemente com tal afirmativa, reconheço que as imunidades inscritas no inciso VI do art. 150 são, também, garantias que o constituinte derivado não pode suprimir". Merece destaque a posição dissidente do Ministro Sepúlveda Pertence, no mesmo julgamento: "E não consigo, por mais que me esforce, ver, na regra da anterioridade, recortada de exceções no próprio Texto de 1988, a grandeza de cláusula perene, que se lhe quer atribuir, de modo a impedir ao órgão de reforma constitucional a instituição de um imposto provisório que a ela não se submeta". Na doutrina, assumiram posição igualmente crítica em relação ao acórdão Flávio Bauer Novelli, Norma constitucional inconstitucional. A propósito do art. 2- da EC n. 3/93, Revista Forense, 330:71, 1995, e Cláudio Pereira de Souza Neto, Teoria constitucional e democracia deliberativa, 2006, p. 237 e s.

118 Sobre o tema, v. Norberto Bobbio, A era dos direitos, 1992; Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 2000, p. 514 e s.; Ingo Wolfgang Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, 1998, p. 46 e s.

coletivos e difusos, que abrigam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os direitos do consumidor. Já se fala em uma quarta geração, que compreenderia o direito à democracia e ao desenvolvimento[119].

Pois bem. Parte da doutrina sustenta que a cláusula constitucional somente faz menção aos direitos individuais e que, por se tratar de norma excepcional limitadora dos direitos da maioria política, deve ser interpretada de maneira estrita, e não extensiva[120]. O argumento não é desprezível. De outro lado, diversos autores sustentam que o constituinte empregou a espécie pelo gênero, de modo que a proteção deve recair sobre todos os direitos fundamentais, e não apenas sobre os individuais. E mais: que não se deve fazer distinção entre direitos fundamentais formais - i.e., os que foram assim tratados pelo constituinte ao incluí-los no texto constitucional - e direitos fundamentais materiais, que seriam os que verdadeiramente tutelam valores merecedores de proteção especial[121].

A posição por nós defendida vem expressa a seguir e se socorre de um dos principais fundamentos do Estado constitucional brasileiro: a dignidade da pessoa humana (CF, art. I[2], III). Esse princípio integra a identidade política, ética e jurídica da Constituição e, como conseqüência, não pode ser objeto de emenda tendente à sua abolição, por

estar protegido por uma limitação material implícita ao poder de reforma. Pois bem: é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais[122], que devem receber proteção

119 V. Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 2007, p. 570-572; e Amartya Sem, Desenvolvimento como liberdade, 2000, p. 10: "O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente".

120 Nesse sentido, v. Gilmar Ferreira Mendes, Os limites da revisão constitucional, Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 21:69, 1997, p. 86: "Parece inquestionável, assim, que os direitos e garantias individuais a que se refere o art. 60, § 4ª, IV, da Constituição são, fundamentalmente, aqueles analiticamente elencados no art. 5ª". Veja-se que, mesmo em relação ao elenco do art. 5º, o autor apresenta ressalvas, anotando que parte dos incisos ali contidos não consagra verdadeiramente qualquer direito ou garantia. Seria o caso, e.g., do inciso XLIII, que estabelece como inafiançáveis os crimes de tortura e tráfico ilícito de entorpecentes, bem como os hediondos.

121 V. Ingo Wolfgang Sarlet, Algumas notas sobre o poder de reforma da Constituição e os seus limites materiais no Brasil, in Heleno Taveira Torres, Direito e poder, 2005, p. 311 es., especialmente p. 319.

122 A fundamentalidade formal resulta do fato de a Constituição haver positivado determinado direito como fundamental, por exemplo, por sua inclusão em determinado catálogo ou título, como faz a Constituição brasileira de 1988. A fundamentalidade material diz respeito ao conteúdo do direito, à sua essencialidade para a realização da dignidade humana. Sobre o tema, v. Jorge Miranda, Manual de direito constitucional, 1993, t. IV, p.7es.;J.J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 379; Cláudio Pereira de Souza Neto, Teoria constitucional e democracia deliberativa, 2006, p. 226; e Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha,

máxima[123], independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que dão ensejo[124].

Diante disso, a moderna doutrina constitucional, sem desprezar o aspecto didático da classificação tradicional em gerações ou dimensões de direitos, procura justificar a exigibilidade de determinadas prestações e a intangibilidade de determinados direitos pelo poder reformador na sua essencialidade para assegurar uma vida digna. Com base em tal premissa, não são apenas os direitos individuais que constituem cláusulas pétreas, mas também as demais categorias de direitos constitucionais, na medida em que sejam dotados de fundamentalidade material.

Tome-se o exemplo dos direitos sociais. A doutrina

contemporânea desenvolveu o conceito de mínimo existencial[125], que expressa o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado[126]. Ora bem: esses direitos sociais

Direitos fundamentais, rigidez constitucional e democracia: um ensaio sobre os limites e possibilidades de proteção supraconstitucional dos direitos e garantias individuais, dissertação de mestrado, mimeografado, 2006.

123 V. José Carlos Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, 1998, p. 102: " [Rjealmente, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos diretos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais". Na mesma linha, Ingo Wolfgang Sarlet, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, 2006, p. 84: "Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é' que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que 'atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais' (José Afonso da Silva), exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferimos)".

124 A propósito desse último ponto, v. Cláudio Pereira de Souza Neto, Teoria constitucional e democracia deliberativa, 2006, p. 241: " [N]ão se pode estabelecer como critério para definir o que é e o que não é jusfundamental o fato de a norma em exame exigir, prima fade, uma prestação positiva do Estado ou apenas uma abstenção. A norma é materialmente fundamental em razão do seu conteúdo, e não dos meios que são necessários para efetivá-la".

125 Sobre o tema no direito brasileiro, v. Ricardo Lobo Torres, A jusfundamentalidade dos direitos sociais, Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. XII, p. 356, 2003; e tb., do mesmo autor, A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado, 2003.

126 V. Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002, p. 305: "Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça".

fundamentais são protegidos contra eventual pretensão de

supressão pelo poder reformador. Também em relação aos direitos políticos, certas posições jurídicas ligadas à liberdade e à participação do indivíduo na esfera pública são imunes à ação do constituinte derivado. E mesmo os direitos difusos, como alguns aspectos da proteção ambiental, são fundamentais, por estarem direta e imediatamente ligados à preservação da vida[127].

Em suma: não apenas os direitos individuais, mas também os direitos fundamentais materiais como um todo estão protegidos em face do constituinte reformador ou de segundo grau. Alguns exemplos: o direito social à educação fundamental gratuita (CF, art. 208, t), o direito político à não alteração das regras do processo eleitoral a menos de um ano do pleito (CF, art. 16)[128] ou o direito difuso de acesso à água potável ou ao ar respirável (CF, art. 225).

Há outras linhas complementares ou paralelas de justificação da funda- mentalidade material de determinados direitos que não recorrem ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, por exemplo, existem autores que associam a idéia de mínimo existencial à de condições para o exercício da liberdade. Nessa perspectiva, os direitos sociais não são em si direitos fundamentais, salvo na medida em que indispensáveis para o desfrute do direito à liber

127 Nesse sentido, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou inconstitucional a norma constante da EC n. 32/2002 à Constituição daquele Estado por permitir a realização de queimadas em áreas florestais. V. TJRS, ADIn 70005054010, Rei. Des. Vasco delia Giustina, j. 16.12.2002.

128 STF, DJU, 10 ago. 2006, ADIn 3.685/DF, Rei. Min. Ellen Gracie: "A inovação trazida pela EC 52/06 conferiu status constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. 3. Todavia, a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral (ADI 354, rei. Min. Octavio Gallotti, DJ 12.02.93). 4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rei. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e 'a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral' (ADI 3.345, rei. Min. Celso de Mello). 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5-, § 2-, e 60, § 4ª, IV, a burla ao que

contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5-, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5-, LIV). (...) 7. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. I[fi] da EC 52/06 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência".

dade, este sim de natureza fundamental[129]. Por essa vertente de pensamento, sendo a liberdade um direito individual, o fundamento jurídico da limitação ao poder de reforma é expresso, nos termos do art. 60, § 4[a], IV. Outros autores, ligados à teoria da democracia deliberativa, sustentam serem materialmente fundamentais os direitos que configuram "condições para a cooperação na deliberação democrática", categoria que abarca diferentes aspectos e concretizações da liberdade e da igualdade[130]. Nesse caso, a limitação material ao constituinte derivado é implícita, decorrente do princípio do Estado democrático de direito (CF, art. I[2], caput).

No julgamento de ação direta de inconstitucionalidade contra a Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, que introduziu nova Reforma da Previdência, esteve em questão o tema da redução ou oneração de determinados benefícios que já estavam sendo fruídos. Relembre-se que a previdência social figura como um direito social fundamental, mas o que se encontra protegido é o seu núcleo essencial, que consiste em assegurar uma vida digna na aposentadoria. O Supremo Tribunal Federal entendeu ser válida a criação de um tributo (contribuição previdenciária) sobre os proventos dos inativos excedentes de determinado valor. No mesmo acórdão, todavia, considerou inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia, o tratamento discriminatório dado pela emenda a servidores e pensionistas da União, de um lado, e dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de outro[131].

129 V. Ricardo Lobo Torres, A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado, 2003. V. tb. John Rawls, Liberalismo político, 1992, p. 32-33: "En especial, el primer principio, que abarca los derechos y libertades iguales para todos, bien puede ir precedido de un principio que anteceda a su formulación, el cual exija que Ias necesidades básicas de los ciudadanos sean satisfechas, cuando menos en la medida en que su satisfacción es necesaria para que los ciudadanos entiendan e pudan ejercer fructiferamente esos derechos y esas libertades. Ciertamente, tal principio precedente debe adotarse al aplicar el primer principio".

130 Cláudio Pereira de Souza Neto, Teoria constitucional e democracia deliberativa, 2006, p. 236-237: "A expressão 'direitos e garantias individuais', presente no art. 60, § 4[2], IV, deve, portanto, ser interpretada como 'direitos e garantias fundamentais', e essa fundamentalidade deve ser perquirida observando-se o conteúdo material da norma. Assim, p. ex., os

direitos sociais prestacionais, na medida em que possam ser considerados 'condições para a cooperação na deliberação democrática', i.e., no alcance de sua 'fundamentalidade material', devem gozar do status de cláusula pétrea. Obviamente, se, a contrario sensu, a norma não constitui uma condição para a cooperação na deliberação democrática' não há por que configurar um limite material ao poder de reforma".

131 STF, DJU, 18 fev. 2005, ADIn 3.105/DF, Rei. Min. Cezar Peluso. Em outra decisão, ainda no campo dos direitos sociais, o Supremo Tribunal Federal deu "interpretação conforme a Constituição" a dispositivo da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, para excluir de sua incidência o salário da licença gestante, que do contrário ficaria drasticamente afetado. V. STF, DJU, 16 maio 2003, ADIn 1.946/DF, Rei. Min. Sydney Sanches.

6.4.1 A questão do direito adquirido

Parte da discussão levada a efeito na decisão acima referida tangencia o último ponto do presente tópico: o regime constitucional dos direitos adquiridos. Como visto até aqui, a Constituição trata como cláusula pétrea os direitos e garantias individuais, categoria na qual se incluem os bens jurídicos protegidos pelo art. 5-, XXXVf: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Ao contrário da maior parte dos países do mundo, a proteção do direito adquirido, no Brasil, tem status constitucional. Por essa razão encontra-se ele protegido tanto em face do legislador ordinário como do poder constituinte reformador[132]. No entanto, não se deve permitir que tal circunstância petrifique a Constituição, tornando-a infensa a mudanças imperiosas que precisem ser feitas ao longo do tempo. Por essa razão, a cláusula de proteção do direito adquirido deve ser interpretada com razoabilidade, de modo a preservar como intangível apenas o seu núcleo essencial. Empreende-se, a seguir, o esforço de apresentação do conteúdo básico da idéia de direito adquirido no Brasil.

Como visto, a Constituição estabelece que a lei - e, para esse fim, também a emenda constitucional - não pode retroagir para prejudicar o direito adquirido. Cabe, portanto, qualificar o que seja o efeito retroativo vedado. O tema é envolto em polêmica, mas há um ponto inicial de consenso: se a lei pretender modificar eventos que já ocorreram e se consumaram ou desfazer os efeitos já produzidos de atos praticados no passado, ela estará em confronto com a Constituição e será inválida nesse particular.

132 V. José Afonso da Silva, Poder constituinte e poder popular, 2000, p. 233: "A reforma ou emenda constitucional não pode ofender direito adquirido, pois está sujeita a limitações, especialmente limitações materiais expressas, entre as quais está precisamente a de que não pode pretender abolir os direitos e garantias individuais, e dentre estes está o direito adquirido". No mesmo sentido, v. Luís Roberto Barroso, Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência, in Temas de direito constitucional,

2005, t. III, p. 191: "É bem de ver que a regra do art. 5-, XXXVI, dirige-se, primariamente, ao legislador e, reflexamente, aos órgãos judiciários e administrativos. Seu alcance atinge, também, o constituinte derivado, haja vista que a não retroação, nas hipóteses constitucionais, configura direito individual que, como tal, é protegido pelas limitações materiais do art. 60, § 4ª, IV, da CF. Disso resulta que as emendas à Constituição, tanto quanto as leis infraconstitucionais, não podem malferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. O princípio da não retroatividade só não condiciona o exercício do poder constituinte originário". Em sentido diverso, há uma antiga decisão do Supremo Tribunal Federal, anterior à Constituição de 1988: STF, Revista Trimestral de Jurisprudência, 114:237, RE 94.414/SP, Rei. Min. Moreira Alves: "Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele do poder constituinte originário, ou do poder constituinte derivado". Tal proposição não é feliz em relação ao entendimento amplamente dominante, como se confirma, dentre muitos outros, em: Carlos Mário Velloso, Temas de direito público, 1997, p. 457-474; Raul Machado Horta, Constituição e direito adquirido, in Estudos de direito constitucional, 1995, p. 265 e s.; Carlos Ayres Britto e Walmir Pontes Filho, Direito adquirido contra emenda constitucional, Revista de Direito Administrativo, 202:15, 1995.

A controvérsia na matéria surge a propósito de outra situação: a do tratamento jurídico a ser dado aos efeitos de um ato praticado sob a vigência da lei anterior, que só venham a se produzir após a edição da lei nova. Foi precisamente em torno dessa questão que se dividiu a doutrina, contrapondo dois dos principais autores que se dedicaram ao tema: o italiano Gabba e o francês Paul Roubier[133]. Para Roubier, a lei nova aplicava-se desde logo a esses efeitos, circunstância que denominou eficácia imediata da lei, e não retroatividade. Gabba, por sua vez, defendia tese oposta: a de que os efeitos futuros deveriam continuar a ser regidos pela lei que disciplinou sua causa, isto é, a lei velha. Esta foi a linha de entendimento que prevaleceu no direito brasileiro e que tem a chancela da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[134].

133 V. Gabba, Teoria delia retroattività delle leggi, 1868; e Paul Roubier, Le droit transitoire (con- flits des lois dans le temps), 1960. Caio Mário sintetiza com precisão a disputa: "Na solução do problema [do conflito intertemporal de leis], duas escolas se defrontam. Uma, 'subjetivista', representada precipuamente por Gabba, afirma que a lei nova não pode violar direitos precedentemente adquiridos, que ele define como conseqüências de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei vigente ao tempo em que se efetuou, embora o seu exercício venha se apresentar sob o império da lei nova (Gabba, 'Teoria delia retroattività delle leggi', vol. I, p. 182 e ss.). O que predomina é a distinção entre o 'direito adquirido' e a 'expectativa de direito'. Outra, 'objetivista', que eu considero representada por Paul Roubier, para o qual a solução dos problemas está na distinção entre 'efeito imediato' e 'efeito retroativo'. Se a lei nova pretende aplicar-se a fatos já ocorridos (fada praeterita) é retroativa; se se refere aos fatos futuros (facta futura) não o é. A teoria se diz objetiva, porque abandona a idéia de direito adquirido, para ter em vista as situações jurídicas, proclamando que a lei que governa os efeitos de' uma situação jurídica não pode, sem retroatividade, atingir os efeitos já produzidos sob a lei anterior (Paul Roubier, ob. cit., vol. I, n. 41 e segs.)" (Caio Mário da Silva Pereira, Direito constitucional intertemporal, Revista Forense, 304:29, 1988, p. 31).

134 A retroatividade pode assumir três formas: máxima, média e mínima, todas inválidas. O STF bem sistematizou a matéria na Revista Trimestral de Jurisprudência, 143:744-5, 1993, ADIn 493/DF, Rei. Min. Moreira Alves, onde assentou o relator: "Quanto à graduação por intensidade, as espécies de retroatividade são três: a máxima, a média e a mínima. Matos Peixoto, em notável artigo - Limite Temporal da Lei - publicado na Revista Jurídica da antiga Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (vol. IX, págs. 9 a 47), assim as caracteriza: 'Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restitutória, porque em geral restitui as partes ao statu quo ante), quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição). Tal é a decretai de Alexandre III que, em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos. À mesma categoria pertence a célebre lei

francesa de 2 de novembro de 1793 (12 brumário do ano II), na parte em que anulou e mandou refazer as partilhas já julgadas, para os filhos naturais serem admitidos à herança dos pais, desde 14 de julho de 1789. A carta de 10 de novembro de 1937, artigo 95, parágrafo único, previa a aplicação da retroatividade máxima, porquanto dava ao Parlamento a atribuição de rever decisões judiciais, sem executar as passadas em julgado, que declarassem inconstitucional uma lei.

A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e não se aplicasse aos vencidos e não pagos.

Enfim a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei

O direito adquirido pode ser mais bem compreendido se extremado de duas outras categorias que lhe são vizinhas, a saber: a expectativa de direito e o direito consumado. Com base na sucessão de normas no tempo e na posição jurídica a ser desfrutada pelo indivíduo em face da lei nova, é possível ordenar esses conceitos em seqüência cronológica: em primeiro lugar, tem-se a expectativa de direito, depois o direito adquirido e, por fim, o direito consumado.

A expectativa de direito identifica a situação em que o ciclo de eventos previstos para a aquisição do direito já foi iniciado, mas ainda não se completou no momento em que sobrevém uma nova norma alterando o tratamento jurídico da matéria. Nesse caso, não se produz o efeito previsto na norma anterior, pois seu fato gerador não se aperfeiçoou. Entende-se, sem maior discrepância, que a proteção constitucional não alcança essa hipótese, embora outros princípios, no desenvolvimento doutrinário mais recente (como o da boa-fé e o da confiança legítima), venham oferecendo algum tipo de proteção também ao titular da expectativa de direito. É possível cogitar, nessa ordem de idéias, de direito a uma transição razoável[135].

Na seqüência dos eventos, direito adquirido traduz a situação em que o fato aquisitivo aconteceu por inteiro, mas por qualquer razão ainda não se operaram os efeitos dele resultantes. Nessa hipótese, a Constituição assegura a regular produção de seus efeitos, tal como previsto na norma que regeu sua formação, nada obstante a existência da lei nova. Por fim, o direito consumado descreve a última das situações possíveis - quando não se vislumbra mais qualquer conflito de leis no tempo -, que é aquela na qual tanto o fato aquisitivo como os efeitos já se produziram normalmente. Nessa hipótese, não é possível cogitar de retroação alguma[136].

De modo esquemático, é possível retratar a exposição desenvolvida na síntese abaixo:

a) expectativa de direito: o fato aquisitivo teve início, mas não se completou;

nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos

após a data em que ela entra em vigor. Tal é, no direito romano, a lei de Justiniano (C. 4, 32, de usuris, 26, 2 e 27 pr.), que, corroborando disposições legislativas anteriores, reduziu a taxa de juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade. Outro exemplo: o Decreto-Lei n. 22.626, de 7 de abril de 1933, que reduziu a taxa de juros e se aplicou, 'a partir da sua data, aos contratos existentes, inclusive aos ajuizados (art. 3[2])' (págs. 22/23)'".

135 V. Luís Roberto Barroso, Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência, in Temas de direito constitucional, 2005, t. III, p. 169: "O Estado, por certo, deve respeitar direitos adquiridos onde eles existam. Porém, mais que isso, não deve ser indiferente nem prepotente em relação às expectativas legítimas das pessoas. Como conseqüência, em nome da segurança jurídica e da boa-fé, deve promover um modelo de transição racional e razoável".

136 Reynaldo Porchat, Da retroactividade das leis civis, 1909, p. 32.

b) direito adquirido: o fato aquisitivo já se completou, mas o efeito previsto na norma ainda não se produziu;

c) direito consumado: o fato aquisitivo já se completou e o efeito previsto na norma já se produziu integralmente.

Um exemplo singelo ilustrará os conceitos. A Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, instituiu a idade mínima de 60 anos para a aposentadoria dos servidores públicos do sexo masculino. Anteriormente, bastava o tempo de serviço de 35 anos. Ignorando as sutilezas do regime de transição, para simplificar o exemplo, confira-se a aplicação dos conceitos. O servidor público de 55 anos, que já tivesse se aposentado pelas regras anteriores, desfrutava de um direito consumado, isto é, não poderia ser "desaposen- tado". O servidor público que tivesse 55 anos de idade e 35 de serviço quando da promulgação da emenda, mas ainda não tivesse se aposentado, tinha direito adquirido a aposentar-se, pois já se haviam implementado as condições exigidas para a aquisição do direito, de acordo com as regras anteriormente vigentes. Porém, o servidor que tivesse 45 anos de idade e 25 de serviço, e que contava se aposentar daí a 10 anos, tinha mera expectativa de direito, não desfrutando de proteção constitucional plena.

Cumpre fazer uma nota final sobre o que se convencionou denominar regime jurídico. Nessa locução se traduz a idéia de que não há direito adquirido à permanência indefinida de uma mesma disciplina legal sobre determinada matéria. Por exemplo: ninguém poderá defender-se em uma ação de divórcio alegando que se casou em uma época em que o casamento era indissolúvel, pretendendo ter direito adquirido à permanência daquele regime jurídico. No direito constitucional e administrativo, o exemplo mais típico é o da relação entre o servidor e a entidade estatal à qual se vincula[137]. O fato de haver in

137 STF, DJU, 5 abr. 2002, p. 55, RE 177.072/SP, Rei. Min. Sepúlveda Pertence: "Servidores da Universidade de São Paulo: limite

remuneratório estabelecido pelos Decretos 28.218 e 28.359, de 1988, de conformidade com o disposto no art. 8[2] da LC est. 535, de 29.2.88: inocorrência de ofensa à garantia constitucional do direito adquirido - que não impede a aplicação imediata de norma modificadora do regime jurídico do servidor público -, nem ao princípio da isonomia, que não serve de fundamento para concessão por decisão judicial de aumento de vencimentos de servidores públicos (Súmula 339)"; STF, DJ, 19 abr. 1996, p. 12229, RE 178.802/RS, Rei. Min. Maurício Corrêa: "Os proventos da inatividade são regulados pela norma vigente ao tempo de sua aposentadoria, mas o servidor não tem direito adquirido aos critérios legais com base em que 'quantum' foi estabelecido, nem à prevalência do regime jurídico então vigente, ainda mais quando, em obediência a preceito constitucional a esse superveniente, lei nova vem disciplinar o regime jurídico e o plano de carreira dos servidores, incorporando aos vencimentos e proventos as gratificações antes recebidas 'em cascata' ou 'repique', que não são permitidas pela nova ordem constitucional". No mesmo sentido: RTJ, 143:293, 1993, RE 134.502/SP, Rei. Min. Carlos Velloso; RTJ, 99.1.267, 1982, RE 92.511/SC, Rei. Min. Moreira Alves; RTJ, 88:651, 1979, RE 88.305/CE, Rei. Min. Moreira Alves.

gressado no serviço público sob a vigência de determinadas regras não assegura ao servidor o direito à sua imutabilidade[138]. Embora a jurisprudência seja casuística na matéria, é corrente a afirmação de que há regime jurídico - e, consequentemente, não há direito adquirido - quando determinada relação decorre da lei, e não de um ato de vontade das partes, a exemplo de um contrato[139].

Parte da doutrina tem procurado lidar com algumas dificuldades trazidas pelas questões afetas ao direito adquirido sustentando que ele não se encontra protegido contra a ação do poder constituinte reformador. Como conseqüência, a lei não poderia prejudicar o direito adquirido, mas a emenda constitucional, sim. Tal ponto de vista serve-se da literalidade do dispositivo para enfrentar o conhecimento convencional na matéria. Tradicionalmente minoritária na doutrina[140], e identificada com uma visão mais conservadora ou menos garantista, essa linha de entendimento recebeu algumas adesões significativas em período mais recente[141]. Nosso ponto de vista, no entanto,

138 O reconhecimento dessa tese, todavia, não afasta a possibilidade de aquisição de direitos mesmo na constância de relações disciplinadas por um regime jurídico, bastando para tanto que os fatos aquisitivos legalmente previstos já se tenham realizado na sua integralidade.

139 STF, DJU, 13 out. 2000, p. 20, RE 226.855/RS, Rei. Min. Moreira Alves: "Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. Natureza jurídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, Collor I (no

concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II. O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado. Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico. Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional. No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico. Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II".

140 V. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, Comentários à Constituição do Brasil, 1898, v. 2, p. 191; e tb. Paulo Modesto, A reforma administrativa e o direito adquirido ao regime da função pública, Revista Trimestral de Direito Público, 1996, p. 237: "[O] direito adquirido não é garantia dirigida ao poder constituinte originário ou reformador. É garantia do cidadão frente ao legislador infraconstitucional, e utilizável apenas para conter a eficácia derrogatória da lei nova para situações constituídas no passado".

141 V. Daniel Sarmento, Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e reforma da previdência, in Marcelo Leonardo Tavares (coord.), A reforma da previdência social, 2004,

é o de que tal posição é ideologicamente sedutora, mas dogmaticamente problemática. Daí nossa preferência pela alternativa da interpretação tecnicamente adequada da cláusula do direito adquirido, de modo a proteger o seu núcleo essencial, mas não toda e qualquer manutenção do status qüo.

p. 42: "Portanto, entendemos, na contramão da doutrina amplamente dominante, que a palavra 'lei' empregada pelo constituinte na redação do art. 5^2, inciso XXXVI, do texto fundamental, não abrange as emendas à Constituição". Em seu voto no MS 24.875-1, o Ministro Sepúlveda Pertence procurou delinear uma distinção entre direito adquirido com base em norma infraconstitucional e em norma constitucional. E, nessa linha, assentou: "[U]ma interpretação sistemática da Constituição, a partir dos 'objetivos fundamentais da República' (CF, art. 3^2), não lhes pode antepor toda a sorte de direitos subjetivos advindos da aplicação de normas infraconstitucionais superadas por emendas constitucionais, que busquem realizá-los. Intuo, porém, que um tratamento mais obsequioso há de ser reservado, em linha de princípio, ao direito fundamental imediatamente

derivado do texto originário da Constituição, quando posto em confronto com emendas constitucionais supervenientes: nesta hipótese, a vedação a reformas tendentes a aboli-lo - baseada no art. 60, § 4[2], IV da Lei Fundamental - já não se fundará apenas na visão extremada - e, ao cabo, conservadora - do seu art. 5[2], XXXVI, mas também na intangibilidade do núcleo essencial do preceito constitucional substantivo, que o consagrar" (texto ligeiramente editado).

CAPÍTULO VII
NORMAS CONSTITUCIONAIS'

Sumário: I - Normas jurídicas. 1. Generalidades. 2. Algumas classificações. 3. Dispositivo, enunciado normativo e norma. II - Normas constitucionais. 1. A Constituição como norma jurídica. 2. Características das normas constitucionais. 3. Conteúdo material das normas constitucionais. 4. Princípios e regras: as diferentes funções das normas constitucionais. 5. A eficácia das normas constitucionais. III - A conquista da efetividade das normas constitucionais no direito brasileiro. 1. Antecedentes históricos. 2. Normatividade e realidade fática: possibilidades e limites do direito constitucional. 3. Conceito de efetividade. 4. Os direitos subjetivos constitucionais e suas garantias jurídicas. 5. A inconstitucionalidade por omissão. 6. Consagração da doutrina da efetividade e novos desenvolvimentos teóricos.

I NORMAS JURÍDICAS

1 Generalidades

As ciências da natureza - como a Física, a Biologia, a Astronomia - lidam com fenômenos que se ordenam independentemente da atuação do homem. As relações entre os seus diferentes elementos são regidas por leis naturais, que são reveladas pelos cientistas, mediante observação e experimentação. O papel do cientista natural é a descrição de sistemas reais, do modo de ser de determi

1 Adrian Sgarbi, Norma, in Vicente de Paulo Barreto (coord.), Dicionário de filosofia do direito, 2006; Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002; André Ramos Tavares, Curso de direito constitucional, 2006; Arnaldo Vasconcelos, Teoria da norma jurídica, 1978; Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, 2004, v. I; Eros Roberto Grau, Direito, conceitos e normas jurídicas, 1988; Francisco Amaral, Direito civil: introdução, 2003; Giorgio dei Vecchio, Filosofia dei Derecho, 1991; Gustav Radbruch, Filosofia do Direito, 1997; Hans Kelsen, Teoria pura do Direito, 1979, e Teoria geral das normas, 1986; Karl Engisch, Introdução ao pensamento jurídico, 1996; Jorge Miranda, Manual de direito constitucional, 2000, t. II; Karl Larenz, Metodologia da ciência do Direito, 1991; J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003; José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, 1998; Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2006; Maria Helena Diniz, Norma constitucional e seus efeitos, 1989, e Curso de

direito civil, 1999; Miguel Reale, Lições preliminares de Direito, 2003; Norberto Bobbio, Teoria do ordenamento jurídico, 1990, e Teoria da norma jurídica, 2003; Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 2001; Orlando Gomes, Introdução ao direito civil, 2000; Ricardo Guastini, Das fontes às normas, 2005; Tercio Sampaio Ferraz Júnior, Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação, 2001.

nado objeto[2]. O Direito não é uma ciência da natureza, mas uma ciência social. Mais que isso, é uma ciência normativa[3]. Isso significa que tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a em função de certos valores e objetivos. O Direito visa a criar sistemas ideais: não se limita a descrever como um determinado objeto é, mas prescreve como ele deve ser. Suas leis são uma criação humana, e não a revelação de algo preexistente.

As normas jurídicas são o objeto do Direito, a forma pela qual ele se expressa. Normas jurídicas são prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social[4]. Dentre suas características encontram-se a imperatividade e a garantia. A imperativi- dade traduz-se no caráter obrigatório da norma e no conseqüente dever jurídico, imposto a seus destinatários, de se submeterem a ela. A garantia importa na existência de mecanismos institucionais e jurídicos aptos a assegurar o cumprimento da norma ou a impor conseqüências em razão do seu descum- primento[5]. A criação do Direito - e, ipsofacto, das normas jurídicas - pode dar-se

2 Ciência designa um conjunto organizado de conhecimentos sobre determinado objeto. Um critério amplamente aceito de classificar as ciências divide-as em: (i) matemáticas (como aritmética, geometria, lógica), (ii) naturais (como física, química, biologia, astronomia) e (iii) humanas ou sociais (psicologia, sociologia, história). Há quem identifique uma quarta categoria, que seria a das ciências aplicadas, reunindo expressões práticas das ciências anteriores, voltadas para a invenção de tecnologias destinadas a intervir na Natureza, na vida humana e nas sociedades. Este seria o caso do Direito, da Engenharia, da Medicina, da Informática, dentre muitas outras. Sobre o tema, v. Marilena Chauí, Convite à filosofia, 1999, p. 260.

3 As ciências sociais têm por objeto o próprio ser humano e sua conduta. Como intuitivo, trata-se de domínio no qual é freqüentemente mais difícil a distinção entre sujeito e objeto do conhecimento. Mesmo assim, alguns ramos das ciências sociais têm caráter puramente descritivo de determinadas relações de causa e efeito, sem procurarem intervir (ao menos conscientemente) na sua constituição e funcionamento. É o que ocorre, por exemplo, com a história e a sociologia. Sob esse aspecto, portanto, não se diferenciam substantivamente das ciências naturais. A distinção somente se torna relevante em relação às ciências sociais que, em lugar de meramente exporem leis causais colhidas

na natureza, estabelecem, por normas positivas, fruto da ação humana, como determinada conduta deve processar-se. São as ciências normativas, como a Ética e o Direito, cujo objeto é o estudo das normas que pretendem reger a conduta humana. Sobre o tema, v. Hans Kelsen, Teoria pura do Direito, 1979, p. 119: "Somente quando a sociedade é entendida como uma ordem normativa da conduta dos homens entre si é que ela pode ser concebida como um objeto diferente da ordem causai da natureza, só então é que a ciência social pode ser contraposta à ciência natural".

4 O Direito legítimo não é mero ato de autoridade, incluindo-se no seu objeto a justificação moral de determinada imposição. V. Karl Engisch, Introdução ao pensamento jurídico, 1996, p. 367: "A lei não é uma grandeza apoiada sobre si própria e absolutamente autônoma, algo que haja de ser passivamente aceito como mandamento divino (...)".

5 Embora a garantia seja externa à norma, ela é essencial para sua imperatividade. As garantias institucionais - como a existência do Poder Judiciário - ou jurídicas - como as ações judiciais - em muitos casos estarão meramente à disposição dos interessados, que terão a

por repetição ou por decisão. No primeiro caso estar-se-á diante do costume, da criação de uma norma em razão de uma prática reiterada. No segundo, haverá um ato de vontade, individual ou coletivo, inovando na ordem jurídica. A lei é o exemplo típico dessa hipótese. Situação intermediária entre a repetição e a decisão é a da criação do Direito pela jurisprudência[6].

2 Algumas classificações

O estudo das normas jurídicas ocupa um capítulo vasto e relevante da teoria geral do Direito, âmbito no qual são discutidos seu conteúdo, características e múltiplos outros aspectos. Não é o caso de se fazer aqui o desvio. Registre-se, no entanto, de passagem, que as normas jurídicas comportam inúmeras classificações, à luz dos mais variados critérios. A seguir encontram-se enunciadas, de maneira sumária, algumas delas, na medida em que guardem conexão mais direta com o estudo das normas constitucionais, a ser feito logo à frente.

1) Quanto à hierarquia: normas constitucionais e normas infraconstitu- cionais.

O ordenamento jurídico, como se sabe, é um sistema hierárquico de normas em cujo topo está a Constituição. Normas constitucionais são as criadas pelo poder constituinte originário ou reformador e, normalmente, estarão integradas em uma Constituição escrita e rígida. Esse critério leva em conta o aspecto formal de criação e inserção da norma no texto constitucional, sendo indiferente o seu conteúdo material. As normas que figuram na Constituição formal

faculdade de utilizá-las ou não. O Estado, ao reservar para si, como regra geral, o monopólio do uso legítimo da força, assume o compromisso de colocá-la a serviço daquele cujo direito tenha sido violado.

V. Luiz Guilherme Marinoni, A antecipação da tutela na reforma do processo civil, 1995, p. 17-18: "O Estado, ao proibir a autotutela privada, assumiu o compromisso de tutelar adequada e efetivamente os diversos casos conflitivos".

6 O Direito pode ser criado pela repetição de condutas, até dar lugar ao surgimento de uma norma, à qual a consciência jurídica atribui a força de obrigar. O costume, o direito costumeiro ou consuetudinário foi, até o advento da modernidade, a forma mais importante de produção do Direito. Mesmo após o surgimento do legislador e da elaboração de leis formais, seu papel era, principalmente, o de codificar normas já existentes em razão dos costumes. Nos países de tradição romano-germânica, a lei é a principal fonte do Direito, constituindo a po- sitivação da vontade do órgão competente para criar direitos e deveres, assim como distribuir competências. A jurisprudência consiste na criação de normas jurídicas por via judicial, combinando um ato de vontade dos tribunais ao proceder a determinada interpretação com a repetição sucessiva do mesmo entendimento. O reconhecimento de que juizes e tribunais desempenham, em alguma medida, um papel criativo do Direito é uma das premissas da filosofia do Direito e da dogmática jurídica contemporâneas. Sobre o sistema de fontes do direito constitucional, v„ especialmente, Ignacio de Otto, Derecho constitucional: sistema de fuentes, 1998, p. 20.

do Estado são dotadas de supremacia, desfrutando de superioridade jurídica em relação às demais normas do sistema[7]. Normas infraconstituáonais são todas as demais normas do ordenamento jurídico, editadas pelos poderes constituídos, e que não desfrutam de estatura constitucional. As normas infraconstitucionais se dizem primárias quando têm fundamento de validade diretamente na Constituição, possuindo aptidão para inovar na ordem jurídica[8]; e secundárias quando se destinam a regulamentar ou especificar aspectos da lei (em sentido lato, aí incluídas a própria Constituição e as normas primárias)[9].

2) Quanto ao grau de imperatividade: normas de ordem pública e normas de ordem privada.

A técnica legislativa gradua a imperatividade das normas em dois níveis. As normas jurídicas de ordem privada prescrevem condutas, instituem direitos e atribuem faculdades, mas admitem que a autonomia da vontade das partes possa afastar sua incidência. Por esse motivo, dizem-se, também, normas dispositivas ou supletivas[10]. Já as normas de ordem pública são instituídas em razão do interesse público ou social, inclusive o de proteger as pessoas que se encontrem no polo mais fraco de uma relação jurídica. Por assim ser, não estão sujeitas a afastamento por convenção das partes envolvidas. Dizem-se, por isso mesmo, normas cogentes ou mandatórias. A maior parte das normas de direito

7 Alguns países editam leis constitucionais, que se situam fora do texto constitucional, mas têm o mesmo status. No Brasil,

ao longo do regime militar, os atos institucionais expressavam uma legalidade paralela à Constituição, fundada em um suposto poder constituinte revolucionário, que era, em essência, o poder constituinte da ditadura. Pode ocorrer de uma emenda constitucional ou de alguns de seus dispositivos não ingressarem no texto constitucional, tendo existência autônoma. Exemplo disso é o da Emenda Constitucional n. 41, de 2004 (Reforma da Previdência), que, além de haver alterado diversos dispositivos do texto constitucional, trouxe no seu conteúdo normas de transição que não foram incorporadas ao corpo da Constituição.

8 Essas normas se concentram nas espécies normativas identificadas no art. 59 da Constituição: leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. Inovações trazidas por emendas constitucionais, como a que deu nova redação ao art. 84, VI (relativamente às competências do Presidente da República para organizar a administração pública e extinguir cargos), e a que instituiu o Conselho Nacional de Justiça e definiu suas competências (art. 103-B, § 4[2]), reavivaram o debate acerca da existência de normas regulamentares autônomas no direito brasileiro.

9 De que são exemplos o regulamento, a resolução, a portaria, os regimentos internos etc.

10 Por exemplo: o regime legal de bens no casamento é o da comunhão parcial, podendo os cônjuges, todavia, convencionar em sentido diverso, adotando a comunhão total ou a separação total (CC, art. 1.639); os pagamentos devem ser efetuados no domicílio do devedor, mas as partes podem contratar de maneira diversa (CC, art. 327); se os juros moratórios não forem convencionados, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (CC, art. 406).

público, inclusive as normas constitucionais, tem essa natureza[11]. A expressão "normas de ordem pública", no entanto, foi desenvolvida e estudada principalmente no direito privado, para identificar aqueles preceitos que limitavam a liberdade de contratar, em domínios como o casamento, a locação, o direito do consumidor, o direito do trabalho, dentre outros.

3) Quanto à natureza do comando: normas preceptivas, normas proibitivas e normas permissivas.

As normas jurídicas contêm mandamentos de naturezas diversas, tendo em conta o efeito jurídico que desejam produzir na realidade. As normas preceptivas contêm comandos prescrevendo determinada ação positiva, um ato comissivo, um fazer. E.g.: o voto é obrigatório e, consequentemente, todos os cidadãos maiores de f8 anos devem alistar-se e votar em cada eleição (CF, art. 14, § l[2], I). As normas proibitivas são as que vedam determinada ação, interditam a conduta nela prevista, impondo um dever de abstenção, de não fazer alguma coisa. E.g.: é vedado ao Poder Público criar distinções entre brasileiros (CF, art. 19, III).

Por fim, as normas permissivas atribuem direitos e faculdades aos particulares ou poderes e competências aos agentes públicos, sem a imposição de um dever de atuar. E.g.: os maiores de 16 anos e menores de 18 podem votar se assim desejarem (CF, art. 14, § l[2], e)-, o Presidente da República pode extinguir cargos públicos vagos (CF, art. 84, VI). Como não há obrigatoriedade de agir, a prática da conduta sujeitar-se-á à autonomia da vontade do particular ou à discricionariedade do agente público competente.

4) Quanto à estrutura do enunciado normativo: normas de conduta e normas de organização.

A maior porção do ordenamento jurídico é composta de normas de conduta, que são aquelas destinadas a reger, diretamente, as relações sociais e o comportamento das pessoas. Normas de conduta prescrevem um dever-ser, geralmente por meio de uma estrutura binária: preveem um fato e a ele atribuem um efeito jurídico. São concebidas na forma de um juízo hipotético: se ocorrer F, então E. Por exemplo: em se verificando o fato gerador, será devido o tributo; se o contrato for violado, a parte responsável deverá pagar uma indenização. Há normas, contudo, que também se destinam a reger a conduta

11 Por exemplo: o Poder Público tem o dever de celebrar contratos mediante prévio processo de licitação (CF, art. 37, XXI), de admitir servidores públicos mediante concurso (CF, art. 37, I) e de prestar contas (CF, art. 70, parágrafo único). Nenhuma vontade pode dispensá-lo de tal conduta, salvo, eventualmente, a mudança da própria norma, por via de emenda constitucional, ou, excepcionalmente, uma dispensa prevista em lei. Embora haja ampla superposição, é intuitivo que normas de ordem pública ou de ordem privada não se confundem com normas de direito público ou de direito privado.

de cidadãos e agentes públicos mas que não apresentam essa estrutura binaria explícita[12].

As normas de organização, por sua vez, contêm uma prescrição objetiva, uma ordem para que alguma coisa seja feita de determinada maneira. Não contêm um juízo hipotético, mas um mandamento taxativo. Em lugar de disciplinarem condutas, as normas de organização, também chamadas de normas de estrutura", instituem órgãos, atribuem competências, definem procedimentos. Tais normas exercem a importante função de definir quem tem legitimidade para criar as normas de conduta e de que forma isso deve ser feito. Por exemplo: são Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário; o Poder Legislativo será exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; o Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros; compete privativamente à União legislar sobre direito civil. A interpretação de normas dessa natureza permite identificar quem tem legitimidade para dispor, e.g., sobre contratos, direito de família ou

contratação de servidores públicos, permitindo reconhecer quais são as normas válidas[14].

Normas jurídicas são, em suma, atos jurídicos emanados do Estado ou por ele reconhecidos, dotados de imperatividade e garantia, que prescrevem condutas e estados ideais ou estruturam órgãos e funções. São atos de caráter geral, abstrato e obrigatório, destinados a reger a vida coletiva. Se integrarem o documento formal e hierarquicamente superior que é a Constituição, serão normas jurídicas constitucionais.

3 Dispositivo, enunciado normativo e norma[15]

Dispositivo é um fragmento de legislação, uma parcela de um documento normativo. Pode ser o caput de um artigo, um inciso, um parágrafo. Por vezes.

12 É o caso de inúmeros princípios, como, e.g., os da isonomia e da proteção à intimidade. Embora tais normas não tragam, em seu próprio relato, a conseqüência jurídica que pretendem deflagrar, é certo que a sua violação deverá ter como resultado a reparação do ilícito e, eventualmente, a imposição de sanções ao agressor.

13 V. Norberto Bobbio, Teoria do ordenamento jurídico, 1990, p. 33.

14 Por esta razão, Hart, O conceito de Direito, 1996, p. 111, caracteriza esse tipo de norma como "regra de reconhecimento".

15 Karl Larenz, Metodologia da ciência do Direito, 1969, p. 270 e s.; Riccardo Guastini, Das fontes às normas, 2005, p. 23-43; Friedrich Müller, Métodos de trabalho do direito constitucional, 2005, p. 38-47; J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 1218; Eros Roberto Grau, Ensaio e discurso sobre a interpretação do Direito, 2002, p. 17-18; Humberto Ávila, Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos), 2003, p. 22-23; Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005, p. 103-107; Robert Aiexy, On the structure of legal principies, Ratio Júris, v. 13, n. 3, p. 297 e s„ 2000.

um dispositivo trará em si uma norma completa. Por exemplo: "Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos" (CF, § 1- do art. 46). Em outras situações, ele precisará ser conjugado com um ou mais dispositivos para que venham a produzir uma norma. Veja-se o § 2- do art. 9- da Constituição: "Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei". Só é possível compreender qual o tipo de abuso em questão indo-se ao caput do artigo, para verificar que ele trata do direito de greve. Há hipóteses, ainda, em que uma norma pode existir sem que haja qualquer dispositivo expresso que a institua. É o caso de diversos princípios constitucionais, como o da razoabilidade e o da proteção da confiança, que não são explicitados no texto da Constituição. Portanto, dispositivo não é o mesmo que norma.

O conhecimento convencional identifica como norma jurídica, conforme referido acima, determinada prescrição de conduta ou de

organização, dotada de generalidade e abstração. Tais prescrições poderão, eventualmente, decorrer do costume ou de princípios não expressos em um ato normativo; todavia, nos países da tradição romano-germânica, elas constarão, como regra geral, de um texto escrito. Assim, na rotina da vida, quando um operador jurídico utiliza o termo "norma", está se referindo ao relato abstrato de um comando contido em alguma fonte do Direito, seja a Constituição, seja a lei ou ato infralegal. Nada obstante, a doutrina contemporânea tem retomado e enfatizado a distinção entre norma e enunciado normativo.

Nessa linha, enunciado normativo corresponde a uma proposição jurídica no papel, a uma expressão lingüística, a um discurso prescritivo que se extrai de um ou mais dispositivos. Enunciado normativo é o texto ainda por interpretar[16]. Já a norma é o produto da incidência do enunciado normativo sobre os fatos da causa, fruto da interação entre texto e realidade. Da aplicação do enunciado normativo à situação da vida objeto de apreciação é que surge a norma, regra de direito que dará a solução do caso concreto. Por essa visão, não existe norma em tese, mas somente norma interpretada. Enunciados normativos são fontes do Direito, obra do legislador, no mais das vezes. Já as

16 A referência a "texto" e a proposição "no papel" trabalha com a fórmula usual, que é a da norma escrita. É certo, porém, como já observado, que há norma sem texto, como ocorre, e.g., com os costumes e com os princípios implícitos. Na formulação de KarI Larenz, Metodologia da ciência do direito, 1997, p. 349: "Uma regra jurídica pode estar expressada numa lei, pode resultar do denominado Direito consuetudinário ou de conseqüências implícitas do Direito vigente, ou de concretizações dos princípios jurídicos, tal como estas são constantemente efectuadas pelos tribunais".

normas são produto da atuação judicial[17]. Portanto, enunciado normativo não é o mesmo que norma[18].

A demonstração do argumento se faz a partir da constatação de que de um mesmo enunciado se podem extrair diversas normas. Tome-se como ilustração, em primeiro lugar, o enunciado normativo do dispositivo materializado no inciso XI do art. 5º da Constituição: "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". Da literalidade de tal proposição resulta, inequivocamente, o direito individual à inviolabilidade do domicílio, da moradia de qualquer pessoa, mesmo que seja um simples "barraco"[19]. Porém, a partir desse mesmo enunciado se construiu uma outra norma, com chancela do Supremo Tribunal Federal: a de que é inviolável, também, o local onde o indivíduo exerce sua profissão ou atividade, como o escritório e o consultório[20].

Outro exemplo. Do enunciado normativo que consagra a

separação de Poderes[21] se extraem inúmeras normas, como as seguintes: existe um espaço de reserva de administração, insuscetível de ingerência por parte do Legislativo e do Judiciário[22]; a decretação da perda de mandato por quebra de decoro

17 V. Adrian Sgarbi, Norma, in Vicente Barreto (coord.), Dicionário de filosofia do Direito, 2006, p. 599: "Sendo assim, enquanto os textos normativos (materiais jurídicos escritos) são produtos do legislador, as normas são adscrições dos intérpretes e, em particular, dos juizes. Portanto, não se interpreta normas, mas se as aplica; demais de que não se aplicam textos, mas se os interpreta".

18 A esse propósito, v. Eros Roberto Grau, Ensaio e discurso sobre a interpretação do Direito, 2002, p. 17: "O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos - disposições, preceitos, enunciados - em normas". Na melhor doutrina estrangeira, o tema também foi exaustivamente analisado. No contexto do direito continental, Kelsen caracteriza a norma abstrata como uma "moldura", que comporta diversas interpretações diferentes (Teoria pura do Direito, 1998, p. 391). Já no contexto do common law, Hart enfatiza que tanto a linguagem ordinária quanto a linguagem jurídica possuem uma "textura aberta", de modo que os dispositivos legais comportam diversas interpretações (The concept of law, 1988, p. 121 e s.). Na mesma linha, Friedrich Müller concebe o conceito de "programa da norma". Este será extraído da interpretação do "texto da norma" e deverá balizar a atividade de concretização normativa (Métodos de trabalho do direito constitucional, 1999, p. 45 e s.).

19 STF, Revista de Direito Administrativo, 210:270, 1997, SS 1.203/DF, Rei. Min. Celso de Mello: "O conceito de domicílio compreende qualquer compartimento habitado. Não é lícito à autoridade pública invadir barracos, podendo apenas exercer o poder de polícia".

20 STF, DJU, 3 ago. 2000, RE 251.445/GO, Rei. Min. Celso de Mello.

21 CF/88, art. 2-: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

22 Sobre este tema específico, v. Arícia Fernandes Correia, Reserva de administração e separação de Poderes, in Luís Roberto Barroso (org.), A reconstrução democrática do direito público no Brasil, 2007.

parlamentar é competência privativa da Casa Legislativa. As hipóteses se multiplicam por toda parte[23]. Justamente por ser possível, em muitos casos, extrair diversas normas de um mesmo dispositivo, admite-se a figura da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, utilizada com freqüência pelo Supremo Tribunal Federal. A técnica consiste, precisamente, na pronúncia de invalidade de uma das normas que

podia ser deduzida de determinado enunciado normativo, o qual permanece inalterado em sua textualidade[24].

A distinção entre enunciado normativo e norma tem merecido atenção dos estudiosos de metodologia jurídica e é muito importante em alguns ambientes da interpretação constitucional. Por essa razão se fez o registro aqui. Todavia, a percepção do fenômeno acima descrito não foi capaz de suplantar o conceito tradicional, enraizado na linguagem jurídica. Diante disso, o termo norma será aqui também empregado no seu sentido tradicional, correspondendo, portanto, ao enunciado normativo, ao relato prescritivo que expressa o Direito a ser aplicado a determinada situação.

II NORMAS CONSTITUCIONAIS

1 A Constituição como norma jurídica[25]

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se,

23 Veja-se uma mais. O inciso LXIII do art. 5[2] da Constituição assegura ao preso o direito ao silêncio: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado...". A partir desse enunciado se construiu uma norma muito mais abrangente, que é a do "direito à não autoincriminação", que protege até mesmo o indivíduo convocado a prestar depoimento em CPI - que não é preso e, em rigor técnico, nem sequer é acusado -, que pode recorrer ao silêncio e deixar de prestar informação que considere poder incriminá-lo. STF, DJU, 16 fev. 2001, HC 79.812/SP, Rei. Min. Celso de Mello. V. Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005, p. 104-106. Ainda outro exemplo: do enunciado normativo que veda a instituição ou aumento de tributo sem lei que o estabeleça se deduzem: o princípio da legalidade, da tipicidade, da proibição dos regulamentos independentes e a proibição de delegação normativa na matéria. V. Humberto Ávila, Teoria dos princípios {da definição à aplicação dos princípios jurídicos), 2003, p. 22.

24 V. Humberto Ávila, Teoria dos princípios {da definição à aplicação dos princípios jurídicos), 2003, p. 22. Sobre a figura da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, v. Luís Roberto Barroso, O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro, 2006, p. 183. V. tb. Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de direito constitucional, 2007, p. 1185 e s.

25 Sobre o tema, vejam-se Eduardo Garcia de Enterría, La Constitución como norma y el tribunal constitucional, 2006, e La Constitución espanola de 1978 como pacto social y como norma jurídica, 2004; Konrad Hesse, La fuerza normativa de la Constitución, in Escritos de derecho constitucional, 1983; e Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2006.

assim, o modelo adotado na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento

essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos[26]. Vigoravam a centralidade da lei e a supremacia do Parlamento, cujos atos eram insuscetíveis de controle judicial. Somente após a Segunda Guerra Mundial é que veio a se difundir - e, eventualmente, a prevalecer - o modelo americano de constitucionalismo, fundado na força normativa da Constituição, documento dotado de supremacia e protegido por mecanismos de controle de constitucionalidade.

Desse reconhecimento de caráter jurídico às normas constitucionais resultam conseqüências especialmente relevantes, dentre as quais se podem destacar:

a) a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que contempla, inclusive e notadamente as referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais. Isso significa que as normas constitucionais passam a ter um papel decisivo na postulação de direitos e na fundamentação de decisões judiciais;

b) a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis. A maior parte das democracias ocidentais possui supremas cortes ou tribunais constitucionais que exercem o poder de declarar leis e atos normativos inconstitucionais[27].

c) os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida.

2 Características das normas constitucionais

Como se registrou acima, as normas constitucionais percorreram uma longa trajetória doutrinária e jurisprudencial até ver reconhecido o seu status

26 Em palavras de Eduardo Garcia de Enterría, La Constitución espanola de 1978 como pacto socialy como norma jurídica, 2004, p. 19 e 21: "La constitución no es, pues, en ningún lugar de Europa antes de la última Guerra Mundial, una norma invocable ante los Tribunales. (...) Esta falta de condición de la Constitución fue refrendada por toda la práctica judicial europea, que no admitió nunca que fuese invocada como norma de decisión de litígios y menos aún como paradigma de validez de Ias leyes, y acantonó así su significado al plano en que la situó originalmente la post-Revolución Francesa: titularidad de la soberania y organización de los poderes".

27 Sem prejuízo de juizes e tribunais também poderem fazê-lo, seja diretamente - pela não aplicação da norma inconstitucional, como acontece no Brasil e nos Estados Unidos -, seja pela possibilidade de identificar a controvérsia constitucional e enviá-la para decisão pela corte constitucional, como ocorre na Alemanha e na Itália.

de norma jurídica. Como conseqüência natural, as normas constitucionais hão de compartilhar das características das normas

jurídicas em geral. Nada obstante isso, é inegável que as normas constitucionais não são normas jurídicas como quaisquer outras. Há um conjunto de elementos e de fatores que dão a elas singularidades dignas de registro, dentre os quais se podem assinalar: a) sua posição no sistema; b) a natureza da linguagem que utilizam; c) seu conteúdo específico; e d) sua dimensão política. A seguir uma breve anotação sobre cada um desses elementos.

A primeira característica distintiva das normas constitucionais é a sua posição no sistema: desfrutam elas de superioridade jurídica em relação a todas as demais normas. A supremacia constitucional é o postulado sobre o qual se assenta todo o constitucionalismo contemporâneo. Dele decorre que nenhuma lei, nenhum ato normativo, a rigor, nenhum ato jurídico, pode subsistir vali- damente se for incompatível com a Constituição. É para assegurar essa supremacia que se criou o controle de constitucionalidade das leis, consagrado desde o célebre caso Marbury v. Madison, julgado pela Suprema Corte norte- -americana em 1803, sem prejuízo da existência de antecedentes remotos[28]. Também a interpretação conforme a Constituição, que subordina o sentido das normas infraconstitucionais aos princípios e regras constitucionais, presta reverência à supremacia[29]. A norma constitucional, portanto, é o parâmetro de •validade e o vetor interpretativo de todas as normas do sistema jurídico.

A segunda característica é a natureza da linguagem, cuja nota singular é a abertura}[0]. O texto constitucional se utiliza, com abundância maior do que outros documentos legislativos, de cláusulas gerais, que são categorias normativas pelas quais se transfere para o intérprete, com especial intensidade, parte do papel de criação do Direito, à luz do problema a ser resolvido. De fato, caberá a ele, tendo em conta os elementos do caso concreto, fazer valo- rações específicas e densificar conceitos indeterminados como interesse público e justa indenização, de um lado, ou princípios como dignidade da pessoa humana e igualdade, de outro. A abertura da linguagem constitucional possibilita a atualização de sentido da Constituição, pela incorporação de novos valores e de novas circunstâncias, permitindo uma interpretação vivificadora e evolutiva.

28 Nesse sentido, analisando algumas experiências anteriores que traziam o germe do controle de atos jurídicos ordinários à luz de um parâmetro superior de validade, v. Mauro Cappelletti, O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado, 1999, p. 45 e s.

29 Sobre interpretação conforme a Constituição, v. Gilmar Ferreira Mendes, Jurisdição constitucional, 2005, p. 287-295 e 346-356, e Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 2004, p. 188-195.

30 Sobre a textura aberta da linguagem, v. Noel Struchiner, Direito e linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua

aplicação ao Direito, 2002.

No tocante ao conteúdo, é bem de ver que muitas das normas constitucionais, em sentido material, têm estrutura, objeto e finalidade específicos (v. infra, no tópico seguinte). Em primeiro lugar, uma quantidade expressiva de mandamentos inscritos na Constituição não tem seu enunciado estruturado Sob a forma de normas de conduta, mas sim de normas de organização. Como assinalado anteriormente, normas de organização não são juízos hipotéticos, mas determinações taxativas pelas quais, dentre outras coisas, instituem-se órgãos públicos e estabelecem-se suas competências. De parte isso, as normas constitucionais de conduta incluem preceitos que ora definem direitos fundamentais de diferentes graus, cuja aplicação envolve ponderações e sutilezas, ora se apresentam sob a forma de disposições programáticas, que abrigam particularidades diversas na determinação de seu sentido, alcance e eficácia. Relembre-se que a Constituição é um documento dialético, que incorpora valores éticos e políticos potencialmente contrapostos, cuja convivência harmoniosa requer técnicas especiais de interpretação.

Por fim, a dimensão política da Constituição não infirma seu caráter de norma jurídica, nem torna sua interpretação uma atividade menos técnica. Mas uma Constituição, rememore-se, faz a travessia entre o fato político e a ordem jurídica, entre o poder constituinte e o poder constituído, estando na interface entre dois mundos diversos, porém intercomunicantes. Conceitos e idéias como Estado democrático de direito, soberania popular e separação de Poderes sempre envolverão valorações políticas. Um tribunal constitucional deverá agir com ousadia e ativismo, nos casos em que o processo político majoritário não tenha atuado satisfatoriamente, e com prudência e autocontenção em outras situações, para não exacerbar aspectos do caráter contramajoritário dos órgãos judiciais, vulnerando o princípio democrático".

31 Vejam-se dois exemplos da idéia expressa no texto. O conjunto de medidas econômicas conhecidas como Plano Collor foi deflagrado em março de 1990, nos primeiros dias do mandato do Presidente, eleito com mais de 50 milhões de votos. As medidas provisórias que implantavam o plano poderiam ter sido rejeitadas liminarmente pelo Congresso Nacional, porém, justo ao contrário, foram saudadas com entusiasmo. Pesquisas de opinião, por outro lado, atribuíam índices expressivos de aprovação das providências propostas, que incluíam uma ampla retenção dos ativos que o público mantinha em instituições financeiras. Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal evitou pronunciar, em jurisdição concentrada e abstrata, a inconstitucionalidade das medidas. A deferência ao processo majoritário afigurou-se perfeitamente compreensível naquela conjuntura. Um exemplo oposto: nos processos de perda de mandato instaurados na Câmara dos Deputados, ao longo de 2005 e 2006, o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, determinou a observância do devido processo legal e o respeito à ampla defesa, invalidando decisões e impondo a repetição de certos atos. Mesmo diante

do clamor público - ou, pelo menos, do clamor da imprensa -, a Corte fez prevalecer o respeito aos direitos fundamentais, que estavam sendo atropelados por deliberações majoritárias.

3 Conteúdo material das normas constitucionais

A Constituição é o primeiro documento na vida jurídica do Estado, assim do ponto de vista lógico-cronológico como hierárquico[32]. Dotada de supremacia, suas normas devem ter aplicação preferencial, condicionando, ademais, a validade e o sentido de todos os atos normativos infraconstitucionais. Uma Constituição, ao instituir o Estado, (a) organiza o exercício do poder político, (b) define os direitos fundamentais dos indivíduos e (c) estabelece determinados princípios e traça fins públicos a serem alcançados. Por via de conseqüência, as normas materialmente constitucionais podem ser agrupadas nas seguintes categorias:

a) normas constitucionais de organização;
b) normas constitucionais definidoras de direitos;
c) normas constitucionais programáticas.

As normas constitucionais de organização têm por objeto estruturar e disciplinar o exercício do poder político. Elas se dirigem, na generalidade dos casos, aos próprios Poderes do Estado e a seus agentes. Incluem-se dentre as normas constitucionais de organização aquelas que:

(i) veiculam decisões políticas fundamentais, como a forma de governo, a forma de Estado e o regime político[33], a divisão orgânica do poder[34] ou o sistema de governo[35];

(ii) definem as competências dos órgãos constitucionais[36] e das entidades estatais[37];

32 Cronologicamente, de fato, a Constituição é o marco zero das instituições. Essa afirmativa, todavia, notadamente em um país com a experiência constitucional brasileira, precisa ser confrontada com a circunstância de que, normalmente, já há uma ordem jurídica infraconstitucional preexistente. Por assim ser, criaram-se duas regras pragmáticas para disciplinar as relações entre uma nova Constituição e o Direito que a antecedia: l$^{\hat{a}}$) todas as normas incompatíveis com a Constituição ficam automaticamente revogadas; 2^{S}) todas as normas compatíveis com a Constituição são recepcionadas, passando a viger sob um novo fundamento de validade e, eventualmente, com nova interpretação. Sobre o ponto, v. M. Seabra Fagundes, 0 controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 1979, p. 3. Sobre o tema do direito constitucional intertemporal, v. Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 2004, p. 57 e s.

33 "Art. I^{a} A República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)." Todas as normas referidas e transcritas neste capítulo são meramente exemplifi- cativas e, por evidente, não são exaustivas da categoria que representam.

34 "Art. 2- São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

35 "Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado."

36 Art. 49: "É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...)"; art. 84: "Compete privativamente ao Presidente da República (...):"; art. 96: "Compete privativamente: I - aos tribunais: (...)".

37 Art. 21: "Compete à União: (...)"; art. 25, § l[2]: "São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição"; Art. 30: "Compete aos Municípios: (...)".

(iii) criam órgãos públicos[38], autorizam sua criação[39], traçam regras ã sua composição[40] e ao seu funcionamento[41]; e

(iv) estabelecem normas processuais ou procedimentais: de revisão da própria Constituição[42], de defesa da Constituição[43], de elaboração legislativa[44], de fiscalização[45].

As normas constitucionais definidoras de direitos são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo o jurisdicionado no poder de exigir do Estado - ou de outro eventual destinatário da norma - prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados. Embora existam dissenções doutrinárias relevantes, sutilezas semânticas variadas e, por vezes, certa impropriedade na linguagem constitucional, é possível agrupar os direitos subjetivos constitucionais em quatro grandes categorias, compreendendo os:

(i) direitos individuais[46];

38 Art. 44: "O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal"; art. 92: "São órgãos do Poder Judiciário: (...)".

39 Art. 125, § 3[2]: "A lei estadual poderá criar (...) a Justiça Militar estadual (...)".

40 Art. 101, parágrafo único: "Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal".

41 Art. 44, parágrafo único: "Cada legislatura terá a duração de quatro anos"; art. 93, II, a: "É obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento".

42 Art. 60, § 4": "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa do Estado; (...)".

43 Art. 102: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou

ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal" (...); art. 103: "Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (...)".

44 Art. 47: "Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros"; art. 69: "As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta".

45 Art. 71: "O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos (...)"; art. 50: "A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada".

46 Os direitos individuais concentram-se, predominantemente, no art. 5[2] do texto constitucional, que contém 78 incisos, cujo caput tem a seguinte redação: "Todos são iguais perante

(ii) direitos políticos[47];

(iii) direitos sociais[4]®; e

(iv) direitos difusos[49].

As normas constitucionais programáticas traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigir comportamentos comissivos, mas in- vestem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram-nos em sua feição negativa. São dessa categoria as regras que preconizam a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), o apoio à cultura (art. 215), o fomento às práticas desportivas (art. 217), o incentivo à pesquisa (art. 218), dentre outras. Modernamente, já se sustenta a operatividade positiva de tais normas, no caso de repercutirem sobre direitos materialmente fundamentais, como por exemplo os que se referem ao mínimo existencial[50].

Como é de conhecimento geral, as Constituições contemporâneas, em razão de fatores diversos, fazem incluir em seus textos inúmeras normas que

a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos

seguintes: (...)".

47 Os direitos políticos concentram-se nos arts. 12 a 17 da Constituição. O caput do art. 14 assim dispõe: "A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: (...)".

48 Boa parte dos direitos sociais é referida no art. 6[2] da Constituição e disciplinada ao longo do texto: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

49 A rigor técnico, é possível identificar um gênero direitos coletivos, que comporta duas espécies: os direitos coletivos propriamente ditos e os direitos difusos. Os direitos coletivos propriamente ditos não se diferenciam muito de um simples conjunto de direitos individuais: são aqueles titulari- zados por uma pluralidade determinada ou determinável de pessoas, como os membros de um clube ou as vítimas de um acidente. Já os direitos difusos são titularizados pela coletividade em geral ou por uma pluralidade indeterminada de pessoas. Exemplos de direitos difusos são a proteção do patrimônio cultural e do meio ambiente. Vejam-se os seguintes artigos da CF/88: "Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material ou imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...)"; "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

50 Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002, p. 247 e s.

não têm conteúdo constitucional, vale dizer, não organizam o poder político, não definem direitos fundamentais, nem tampouco estabelecem princípios fundamentais ou fins públicos relevantes. Essas normas que aderem à Constituição sem tratar de matéria constitucional dizem-se normas apenas formalmente constitucionais. Esta é, de resto, uma das patologias da Constituição brasileira de 1988, na qual se constitucionalizaram inúmeras questões que deveriam ter sido relegadas à legislação infraconstitucional, isto é, ao processo político ordinário e majoritário. Tal fato traz em si inconveniências diversas, restringindo desnecessariamente as decisões majoritárias e atravancando providências indispensáveis à evolução social e normativa[51].

4 Princípios e regras: as diferentes funções das normas constitucionais

Após longo processo evolutivo, consolidou-se na teoria do Direito a idéia de que as normas jurídicas são um gênero que comporta, em

meio a outras classificações, duas grandes espécies: as regras e os princípios[52]. Tal distinção tem especial relevância no tocante às normas constitucionais. O reconhecimento da distinção qualitativa entre essas duas categorias e a atribuição de norma- tividade aos princípios são elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo. Os princípios - notadamente os princípios constitucionais - são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico[53]. Em sua trajetória ascendente, os princípios deixaram de ser fonte secundária e subsidiária do Direito[54] para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá,.

51 Assim, por exemplo, ao constitucionalizar os órgãos incumbidos da segurança pública, a Constituição atribui à polícia civil estadual a tarefa de realizar a investigação criminal e à polícia militar, a de cuidar do policiamento ostensivo. Tal constitucionalização tem impedido que propostas de reforma institucional, como a da unificação das polícias, possam prosperar, reduzindo o leque de possibilidades para a solução do problema da segurança pública no Brasil.

52 Para uma análise rica desse percurso, v. Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 2004, p. 255-295, em capítulo intitulado "Dos princípios gerais de Direito aos princípios constitucionais".

53 Nesse sentido, v. Jacob Dolinger, Evolution of principies for resolving conflicts in the field of contracts and torts, in Recueil des Cours, 283:199, 2000, p. 229: "Every legal system is built upon principies that reflect its fundamental conceptions and its basic values". O estudo, que consubstancia o curso ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia no ano de 2000, versa sobre o tema específico da utilização de princípios para resolução de disputas no plano internacional. Para os fins aqui visados, destaca-se o precioso capítulo inicial, no qual o autor analisa os princípios em sua feição geral, discorrendo sobre sua origem, sentido e papel na ordem jurídica.

54 Com efeito, este era o papel que a eles cabia, como se colhe da letra expressa da Lei de Introdução ao Código Civil: "Art. 4ª Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito". Os princípios, como se deduz

irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral e permitindo a leitura moral do Direito".

Antes mesmo da formulação mais sofisticada da teoria dos princípios, diversos autores já haviam se dado conta da relevância do papel que a eles cabia desempenhar no sistema[56]. A percepção do fenômeno, todavia, não era suficiente, por si só, para tornar operacional e efetiva a distinção entre princípios e regras. Foi somente a partir dos escritos seminais de Ronald Dworkin, difundidos no Brasil a partir do final da década de 80 e ao longo da década de 90, que o tema teve um desenvolvimento

dogmático mais apurado[57]. Na seqüência histórica, Robert Alexy ordenou a teoria dos princípios em categorias mais próximas da perspectiva romano-germânica do Direito[58]. As duas obras precursoras desses autores - Levando os direitos a sério e Teoria dos direitos fundamentais - deflagraram uma verdadeira explosão de estudos sobre o tema, no Brasil e alhures[59].

singelamente, não eram considerados normas jurídicas, mas fonte integradora do Direito no caso de lacuna. E, mesmo nesse papel subsidiário, vinha em terceiro lugar, atrás da analogia e dos costumes.

55 V. Ronald Dworkin, Freedom's law, 1996, p. 2: "A leitura moral propõe que todos nós-juizes, advogados, cidadãos - interpretemos e apliquemos estas cláusulas abstratas (da Constituição) na compreensão de que elas invocam princípios de decência política e de justiça".

56 Entre nós vejam-se, especialmente, José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, 1968; Geraldo Ataliba, República e Constituição, 1985; e Celso Antônio Bandeira de Mello, Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, tese apresentada à 9ª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 1982. V. tb. Luís Roberto Barroso, Princípios constitucionais brasileiros ou de como o papel aceita tudo. Revista Trimestral de Direito Público, 1.168, 1993.

57 V. Ronald Dworkin, Taking rightsseriously, 1997 (Ia edição: 1977), p. 22 e s. Na verdade, o texto seminal do autor foi The model of rules, University of Chicago Law Review, 35:14, 1967, que se encontra reproduzido em R. M. Dworkin (ed.), The philosophy oflaw, 1977, p. 38-65.

58 V. Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, p. 81 e s.

59 Vejam-se, exemplificativamente, J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 1253 e s.; Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 2004, p. 243 e s.; Jacob Dolinger, Evolution of principies for resolving conflicts in the field of contracts and torts, in Recueil des Cours, 283:199, 2000; Eros Roberto Grau, A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica, 1996, p. 92 e s.; Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 2006; Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002, p. 40 e s., e Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005, p. 166 e s.; Rodolfo L. Vigo, Los princípios jurídicos: perspectiva jurisprudencial, 2000, p. 9-20; Luis Prieto Sanchis, Sobre princípiosy normas: problemas dei razonamiento jurídico, 1992; Inocêncio Mártires Coelho, Interpretação constitucional, 1997, p. 79 e s.; Humberto Ávila, Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos), 2003; Ruy Samuel Espíndola, Conceito de princípios constitucionais, 1999; Fábio Corrêa de Souza Oliveira, Por uma teoria dos

princípios: o princípio constitucional da razoabilidade, 2003, p. 17 e 5.; Walter Claudius Rothenburg, Princípios constitucionais, 1999; David Diniz Dantas, Interpretação constitucional no pós-positivismo, 2005, p. 41 e s.

Tomem-se alguns exemplos de regras constitucionais. A idade mínima para alguém se candidatar a Presidente da República é de 35 anos (art. 14, § 3[2], VI, a); ao completar 70 o servidor público será aposentado compulsoriamente (art. 40, § I[2], II); nenhum benefício da seguridade social poderá ser criado sem indicação da fonte de custeio (art. 195, § 5[2]). Tomem-se, agora, alguns exemplos de princípios constitucionais. Eles poderão ser explícitos, como os da dignidade da pessoa humana (art. I[2], III), da moralidade (art. 37, caput) ou da inafastabilidade da jurisdição (art. 5[2], XXXV); ou implícitos, decorrentes do sistema ou de alguma norma específica, como os da razoabilidade, da proteção da confiança ou da solidariedade. Nenhum leitor atento deixará de ter a intuição de que as normas do primeiro grupo e as do segundo grupo são inequivocamente diferentes em muitos aspectos.

Diante disso, a doutrina costuma compilar uma enorme variedade de critérios para estabelecer a distinção entre princípios e regras[60]. Por simplificação, é possível reduzir esses critérios a apenas três, que levam em conta: a) o conteúdo; b) a estrutura normativa; e c) o modo de aplicação. O primeiro deles é de natureza material e os outros dois são formais. Essas diferentes categorias não são complementares, nem tampouco são excludentes: elas levam em conta a realidade da utilização do termo "princípio" no Direito de maneira geral. Nesse caso, como em outras situações da vida, afigura-se melhor lidar com a diversidade do que procurar estabelecer, por arbítrio ou convenção, um critério unívoco e reducionista.

No tocante ao conteúdo, o vocábulo "princípio" identifica as normas que expressam decisões políticas fundamentais - República, Estado democrático de" direito, Federação valores a serem observados em razão de sua dimensão ética - dignidade humana, segurança jurídica, razoabilidade - ou fins públicos a serem realizados -, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, busca do pleno emprego[61]. Como conseqüência de tais conteúdos, os princípios podem referir-se tanto a direitos individuais como a interesses coletivos[62]. De outras

60 Como observa Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, p. 83: "Existe uma des- concertante variedade de critérios de distinção". Vejam-se levantamentos de alguns deles em J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 1160-1162; Rodolfo L. Vigo, Los princípios jurídicos: perspectiva jurisprudencial, 2000, p. 9-20; Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002, p. 47-51; e Humberto Ávila, Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 2003,

p. 26-31.

61 Em sua elaboração teórica, Ronald Dworkin reserva o termo policies para os fins públicos de natureza econômica, política ou social, e principies para as exigências de justiça, razoabilidade ou outra dimensão da moralidade (Taking rightsseriously, 1997, p. 22).

62 Como observa Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, e.g., p. 82, 109 e 115, é freqüente a inclusão das normas definidoras de direitos fundamentais na categoria dos princípios.

vezes, no entanto, o termo é utilizado, um tanto atecnicamente, para realçar a importância de determinadas prescrições que não são em rigor princípios, como ocorre nas referências a princípio do concurso público e da licitação (ambos decorrências específicas de princípios como os da moralidade, da impessoalidade, da isonomia) ou da irredutibilidade de vencimentos. As regras jurídicas, ao revés, são comandos objetivos, prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição ou um permissão. Elas não remetem a valores ou fins públicos porque são a concretização destes, de acordo com a vontade do constituinte ou do legislador, que não transferiram ao intérprete - como no caso dos princípios - a avaliação das condutas aptas a realizá-los.

Com relação à estrutura normativa, princípios normalmente apontam para estados ideais a serem buscados, sem que o relato da norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida. Há muitas formas de respeitar ou fomentar o respeito à dignidade humana, de exercer com razoabilidade o poder discricionário ou de promover o direito à saúde. Aliás, é nota de singularidade dos princípios a indeterminação de sentido a partir de certo ponto, assim como a existência de diferentes meios para sua realização[63]. Já com as regras se passa de modo diferente: são elas normas descritivas de comportamentos, havendo menor grau de ingerência do intérprete na atribuição de sentidos aos seus termos e na identificação de suas hipóteses de aplicação[64]. Em suma: princípios são normas predominantemente finalísticas, e regras são normas predominantemente descritivas[65].

63 Sobre o ponto, veja-se a formulação de Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002, p. 52-54: "Duas diferenças podem ser apontadas desde logo (entre princípios e regras): (i) a relativa indeterminação dos efeitos e (ii) a multiplicidade de meios para atingi-los. (Quanto à primeira): os efeitos que um princípio pretende produzir irradiam-se a partir de um núcleo básico determinado, semelhante, nesse particular, às regras. A partir desse núcleo, todavia, esses efeitos vão se tornando indeterminados, seja porque variam em função de concepções políticas, ideológicas, religiosas, filosóficas, etc., seja porque há uma infinidade de situações não previstas, e a rigor indeter- mináveis, às quais seu efeito básico poderá se aplicar. Há ainda uma segunda distinção: ela consiste em que, muitas vezes, ainda que o efeito pretendido por uma norma seja determinado, os meios para atingir

tal efeito são múltiplos. Essa é a fórmula usada, em geral, para descrever as chamadas normas programáticas que, nada obstante, estruturalmente consideradas, nada mais são do que espécies de princípios" (texto editado pelo autor).

64 Tal situação só é substancialmente afetada quando o relato da norma-regra contenha cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, como ordem pública, interesse público, justa indenização. Nesse caso, diante da necessidade de o intérprete atribuir sentido a tais expressões, à luz dos elementos do caso concreto, a aplicação da regra ocorrerá de maneira semelhante à dos princípios.

65 Embora tenha uma visão crítica de alguns dos elementos da teoria dos princípios aqui exposta, é pertinente, quanto ao ponto aqui abordado, a caracterização de Humberto Ávila, Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos), 2003, p. 119: "As regras

É, todavia, no modo de aplicação que reside a principal distinção entre regra e princípio. Regras se aplicam na modalidade tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto[66]. Exemplos: implementada a idade de 70 anos, o servidor público passa para a inati- vidade; adquirido o bem imóvel, o imposto de transmissão é devido. Se não for aplicada à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos[67]: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida[68]. Como conseqüência, os direitos nela fundados também serão definitivos[69].

podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.

66 Ronald Dworkin, Taking rights seriously, 1997, p. 24: "Regras são aplicadas de modo tudo- -ou-nada. Se os fatos que a regra estipular ocorrerem, então ou a regra é válida, caso em que- a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que não contribuirá em nada para a decisão".

67 Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales,

1997, p. 87-88: " [A] s regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio. (...) Um conflito entre regras só pode ser solucionado introduzindo uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou declarando inválida, ao menos, uma das regras".

68 Exemplo de exceção: a lei penal não poderá retroagir, salvo para beneficiar o réu; exemplo de invalidade: a regra do edital que interdite a maiores de 45 anos a inscrição em determinado concurso público viola a norma constitucional que assegura a isonomia e não poderá prevalecer. São três os critérios tradicionais para superar os conflitos entre regras: o hierárquico - lei superior prevalece sobre lei inferior; o temporal - lei posterior prevalece sobre lei anterior; e o da especialização - lei especial prevalece sobre lei geral.

69 Expondo a teoria dos princípios de Alexy, averbou Luís Virgílio Afonso da Silva, O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, 2005, p. 51, mimeo- grafado: "O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou impõem-se deveres) definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou são impostos deveres) prima facie".

Já os princípios indicam uma direção, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Alguns exemplos: a livre iniciativa por vezes se choca com a proteção do consumidor; o desenvolvimento nacional nem sempre se harmoniza com a preservação do meio ambiente; a liberdade de expressão freqüentemente interfere com o direito de privacidade. Como todos esses princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo status hierárquico, a prevalência de um sobre outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro. Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação especifica[70]. Caberá ao intérprete proceder à ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a uma subsunção do fato a uma regra determinada. Por isso se diz que princípios são mandados de otimização: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese[71]. Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos prima facie - isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível.

Estabelecidas algumas distinções relevantes entre regras e

princípios, assim do ponto de vista material como formal, cabe assinalar, por fim, os diferentes papéis desempenhados por cada uma dessas espécies normativas no âmbito do sistema jurídico. O principal valor subjacente às regras é a segurança jurídica. Elas expressam decisões políticas tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, que procederam às valorações e ponderações que consideraram cabíveis, fazendo com que os juízos por eles formulados se materializassem em uma determinação objetiva de conduta. Não transferiram, portanto, competência valorativa ou ponderativa ao intérprete, cuja atuação, embora não seja mecânica - porque nunca é não envolverá maior criatividade ou subjetividade.

70 Ronald Dworkin, Taking rights seriously, 1997, p. 26-27: "Princípios têm uma dimensão que as normas não possuem - a dimensão de peso ou importância. Quando ocorre a interseção entre princípios (a proteção dos consumidores de automóveis em interseção com a liberdade de contratar, por exemplo), quem tiver de resolver este conflito terá de levar em conta o peso relativo de cada um. (...) É parte integrante do conceito de princípio que ele tem esta dimensão e, portanto, faz todo sentido perguntar qual importância ou peso ele tem".

71 Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, 1997, p. 86: "O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais senão também das possibilidades jurídicas. O âmbito de possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos".

Regras, portanto, tornam o Direito mais objetivo, mais previsível e, consequentemente, realizam melhor o valor segurança jurídica.

Princípios, por sua vez, desempenham papel diverso, tanto do ponto de vista jurídico como político-institucional. No plano jurídico, eles funcionam como referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos. De fato, são os princípios que dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos. Em razão desses mesmos atributos, dão unidade ao ordenamento, permitindo articular suas diferentes partes - por vezes, aparentemente contraditórias - em torno de valores e fins comuns. Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça.

Como o Direito gravita em torno desses dois grandes valores - justiça e segurança -, uma ordem jurídica democrática e eficiente deve trazer em si o equilíbrio necessário entre regras e princípios[72]. Um modelo exclusivo de regras supervalorizaria a segurança, impedindo, pela falta de abertura e flexibilidade, a comunicação do ordenamento com a realidade,

frustrando, em muitas situações, a realização da justiça. Um modelo exclusivo de princípios aniquilaria a segurança jurídica, pela falta de objetividade e previsibilidade das condutas e, consequentemente, de uniformidade nas soluções interpretativas[73]. Como intuitivo, os dois extremos seriam ruins. A advertência é importante porque, no Brasil, a trajetória que levou à superação do positivismo jurídico - para o qual apenas as regras possuiriam status normativo - foi impulsionada por alguns exageros principialistas, na doutrina e na jurisprudência[74].

Por fim, a diferença de papéis entre as regras e os princípios, no plano político-ideológico, implica reavivar as duas grandes funções desempenhadas pela Constituição em um Estado democrático de direito: (i) proteger valores fundamentais e consensos básicos contra a ação predatória das maiorias e (ii) garantir o funcionamento adequado da democracia e do pluralismo político. A

72 J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 1162-1163.

73 V. Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005, p. 185 e 187: "Ora, se as regras respondem pela segurança e os princípios pela justiça, conclui-se que, quanto mais regras houver no sistema, mais seguro, isto é, mais previsível, mais estável ele será; porém, mais dificilmente ele será capaz de adaptar-se a situações novas. Por outro lado, quanto mais princípios existirem, maior será o seu grau de flexibilidade e sua capacidade de acomodar e solucionar situações imprevistas. No mesmo passo, porém, também crescerão a insegurança, em decorrência da imprevisibilidade das soluções aventadas, e a falta de uniformidade de tais soluções, com prejuízos evidentes para a isonomia".

74 Analisando esse excesso inicial e o que seria o começo de um movimento de retorno, v. Ana Paula de Barcellos, O direito constitucional em 2006, retrospectiva crítica publicada na Revista de Direito do Estado, 5:3, 2007.

proteção dos consensos é feita por meio de regras - âmbito no qual se situa o núcleo essencial dos princípios[75] - ficando limitada, em sua interpretação, quer a ação do legislador quer a de juizes e tribunais. Já o pluralismo político se manifestará na escolha, pelas maiorias de cada época, dos meios que serão empregados para a realização dos valores e fins constitucionais - i.e., dos princípios - em tudo que diga respeito à sua parte não nuclear[76]. O ponto merece breve aprofundamento[77].

Como já dito e reiterado, regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos. Essa característica dos princípios pode acarretar duas conseqüências. Por vezes, a abstração do estado ideal indicado pela norma dá ensejo a certa elasticidade ou indefinição do seu sentido. É o que acontece, e.g., com a dignidade da pessoa humana, cuja definição varia, muitas vezes, em função das

concepções políticas, filosóficas, ideológicas e religiosas do intérprete[78]. Em segundo lugar, ao empregar princípios para formular opções políticas, metas a serem alcançadas e valores a serem preservados e promovidos, a Constituição nem sempre escolhe os meios que devem ser empregados para preservar ou alcançar esses bens jurídicos. Mesmo porque, e esse é um ponto importante, freqüentemente, meios variados podem ser adotados para alcançar o mesmo objetivo[79]. As regras, uma vez que descrevem condutas específicas desde logo, não ensejam essas particularidades.

Ora, a decisão do constituinte de empregar princípios ou regras em cada caso não é aleatória ou meramente caprichosa. Ela está associada, na verdade, às diferentes funções que essas duas espécies normativas podem desempenhar no texto constitucional, tendo em conta a intensidade de limitação que se deseja impor aos Poderes constituídos. Ao utilizar a estrutura das regras, o constituinte cria condutas específicas, obrigatórias, e, consequentemente, limites

75 Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005, p. 178.

76 A idéia de núcleo essencial de princípios e de direitos fundamentais envolve, deixe-se assinalado desde logo, um conjunto de complexidades teóricas e práticas que não serão aqui investigadas. Sobre o tema, vejam-se Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005, p. 139-146; Jane Reis Gonçalves Pereira, Interpretação constitucional e direitos fundamentais, 2005; e Luís Virgílio Afonso da Silva, O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, 2005, mimeografado.

77 V. Luís Roberto Barroso, Temas de direito constitucional, t. III, 2005, p. 308-321. A questão é analisada com grande densidade teórica em Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005, p. 166-192.

78 Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002, p. 103 e s.

79 Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2000, p. 116 e s.

claros à atuação dos poderes políticos. Os princípios, diversamente, indicam um sentido geral e demarcam um espaço dentro do qual as maiorias políticas poderão legitimamente fazer suas escolhas[80].

Um exemplo ajudará a compreensão. A Constituição estabelece como fim público a redução das desigualdades regionais (arts. 3-, III, e 170, VII) e é possível conceber meios variados de tentar realizá-lo. Cada grupo político, por certo, terá a sua proposta nesse particular, e todas poderão ser legítimas do ponto de vista constitucional. Nada obstante, se uma política pública agravar, comprovadamente, a desigualdade das regiões do país, sem qualquer proveito para outros fins constitucionais, ela poderá ser impugnada por violar o fim estabelecido pelo princípio. Ou seja: o

princípio constitucional demarca esse campo dentro do qual as maiorias podem formular suas opções; esse espaço é de fato amplo, mas não ilimitado.

Essa função diferenciada de princípios e regras tem importante repercussão prática, notadamente porque ajuda a demarcar os espaços de competência entre o intérprete constitucional - sobretudo o intérprete judicial - e o legislador. A abertura dos princípios constitucionais permite ao intérprete estendê-los a situações que não foram originariamente previstas, mas que se inserem logicamente no raio de alcance dos mandamentos constitucionais. Porém, onde o constituinte tenha reservado a atuação para o legislador ordinário não será legítimo pretender, por via de interpretação constitucional, subtrair do órgão de representação popular as decisões que irão realizar os fins constitucionais, aniquilando o espaço de deliberação democrática. É preciso distinguir, portanto, o que seja abertura constitucional do que seja silêncio eloqüente[81].

80 Não se está dizendo que todas as escolhas políticas estão ou devam estar total ou parcialmente antecipadas na Constituição, sob a forma de princípios ou regras. Ao contrário, é natural que boa parte do espectro de decisões não seja tangenciada na Carta, que deveria estar circunscrita aos temas essenciais. Afirma-se apenas que, dentre as decisões veiculadas pelo constituinte, algumas o são já de modo específico - como regras -, ao passo que outras consistem apenas na demarcação de linhas gerais, reservando-se aos agentes políticos um papel de definição dentro da moldura preestabelecida. Sobre os riscos para a democracia decorrentes do "excesso de Constituição", pelos exageros do constituinte e, sobretudo, pela falta de contenção dos intérpretes, v. Daniel Sarmento, Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda, Revista de Direito do Estado, 2:83, 2006.

81 Um exemplo importante de silêncio eloqüente na Constituição de 1988 é a não atribuição de competência ao legislador federal para criar monopólios públicos. No regime da Carta de 1967/69, o art. 163 previa expressamente: "São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais". Diante da não inclusão de dispositivo análogo, a doutrina é pacífica no sentido de não se poderem criar novos monopólios por lei, somente podendo existir os que foram contemplados diretamente no texto constitucional. V. Nelson Eizirik,

5 A eficácia das normas constitucionais

Autores brasileiros, de longa data, dedicam atenção à temática da eficácia das normas constitucionais, isto é, à sua aptidão para produzir efeitos jurídicos. A questão envolve a identificação das situações nas quais a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata e aquelas em

que isso não ocorre. Nos primór- dios da República, Ruy Barbosa reproduziu e adaptou a doutrina norte-ame- ricana na matéria, dividindo as normas constitucionais em autoaplicáveis (self executing) e não autoaplicáveis (non self executing)*[1]. O tratamento era claramente insatisfatório[85], mas a problemática, a bem da verdade, jamais chegou a ser crucial nos Estados Unidos, à vista da tradição normativa e judicialista que desde a primeira hora marcou o constitucionalismo daquele país.

Na década de 50, refletindo as lições de Vezio Crisafulli[84], Meirelles Teixeira[85] apresentou sua crítica à doutrina de inspiração norte-americana, que não contemplava aspectos relevantes, dentre os quais: a ingerência do legislador no cumprimento de normas ditas autoexecutáveis, o reconhecimento de efeitos às normas ditas não autoexecutáveis e a existência de situações intermediárias entre um extremo e outro. Propôs, assim, a classificação das normas constitucionais em duas categorias distintas: a) normas de eficácia plena e; b) normas de eficácia limitada ou reduzida, dividindo estas últimas em normas programáti- •cas e normas de legislação[86].

Monopólio estatal do gás - participação de empresas privadas na sua execução, Revista Trimestral de Direito Público, 10:118, 1995; Carlos Eduardo Bulhões Pereira, Monopólio - gás, Revista Trimestral de Direito Público, 7.139, 1994; e Luís Roberto Barroso, Regime jurídico do serviço postal, in Temas de direito constitucional, t. II, 2003.

82 V. Thomas M. Cooley, Treatise on the constitutional limitations, 1890; e Ruy Barbosa, Comentários à Constituição Federal brasileira (coligidos e ordenados por Homero Pires), 1933, t. II, p. 481 e s.

83 Fato que, de certa forma, era reconhecido pelo próprio Ruy Barbosa, Comentários à Constituição Federal brasileira (coligidos e ordenados por Homero Pires), 1933, t. II, p. 489, ao lavrar: "Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania ou popular a seus órgãos".

84 La Costituzione e le sue disposizioni di principio, 1952.

85 J. H. Meirelles Teixeira, Curso de direito constitucional, 1991, texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Este livro, como se tornou notório, resultou da compilação das anotações das aulas de Meirelles Teixeira na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, ao longo da década de 50. As idéias do velho professor, que Geraldo Ataliba equiparou, no prefácio da obra, aos grandes nomes da sua geração (Sampaio Dória, Victor Nunes Leal e M. Seabra Fagundes, dentre outros), somente chegaram ao conhecimento do grande público no início da década de 90, em razão do meritório esforço da professora Maria Garcia em publicá-las.

86 J. H. Meirelles Teixeira, Curso de direito constitucional, 1991, p. 317 e s. Escreveu ele que as normas de eficácia plena são aquelas "que produzem, desde o momento de sua promul

No final da década de 60, José Afonso da Silva publicou a primeira edição de seu clássico Aplicabilidade das normas constitucionais, no qual aprofunda o tema a partir dos desenvolvimentos que lhe haviam dado os citados Vezio Crisafulli e Meirelles Teixeira. De acordo com José Afonso, as normas constitucionais, no tocante à sua eficácia e aplicabilidade, comportam uma classificação trico- tômica, assim enunciada: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição; c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que compreendem as normas definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípio programático, em geral dependentes de integração infraconstitucional para operarem a plenitude de seus efeitos[87].

De acordo com essa formulação, normas de eficácia plena são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independem de providência normativa ulterior para sua aplicação[88]. Normas de eficácia contida (melhor se diria restringível, como sugeriu Michel Temer[89]) são as que receberam, igualmente, normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas preveem meios normativos (leis, conceitos genéricos etc.) que lhes podem reduzir a eficácia e aplicabilidade[90]. Por último,

gação, todos os seus efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto". As de eficácia limitada ou reduzida são as normas "que não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário". E quanto às normas programáticas e de legislação: "As primeiras, versando sobre matéria eminentemente ético-social, constituem, verdadeiramente, programas de ação social (econômica, religiosa, cultural etc.), assinalados ao legislador ordinário. Já quanto às normas de 'legislação', seu conteúdo não apresenta essa natureza ético-social, mas inserem-se na parte de organização da Constituição, e, excepcionalmente, na relativa aos direitos e garantias (liberdades)".

87 José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, 1998, cita como exemplos.

88 O autor cita como exemplos de normas de eficácia plena "as hipóteses contempladas nos arts. 21 (competência da União), 25 a 28 e 29 e 30 (competências dos Estados e Municípios), 145, 153, 155 e 156 (repartição de competências tributárias), e as normas que estatuem as atribuições dos órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (arts. 48 e 49, 51 e 52, 70 e 71, 84 e 101-122)". V. José Afonso da Silva,

Aplicabilidade das normas constitucionais, 1998, p. 89.

89 Segundo Michel Temer, Elementos de direito constitucional, 1990, p. 27, normas constitucionais de eficácia contida "são aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, plena, mas que podem ter reduzido seu alcance pela atividade do legislador infraconstitucional. Por isso mesmo, aliás, preferimos denominá-las de normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível".

90 Conforme José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, 1998, p. 105-106, são hipóteses de normas constitucionais de eficácia contida: (i) o art. 5[2], VIII, pois "confirma-se, nesse inciso, a liberdade de crença assegurada no inciso VI do mesmo artigo e de convicção

normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquema[91]. Estas normas, contudo, ao contrário do que ocorria com as ditas não autoaplicáveis, não são completamente desprovidas de normatividade. Pelo contrário, são capazes de surtir uma série de efeitos, revogando as normas infraconstitucionais anteriores com elas incompatíveis, constituindo parâmetro para a declaração da inconstitucionalidade por ação e por omissão, e fornecendo conteúdo material para a interpretação das demais normas que compõem o sistema constitucional[92].

filosófica ou política, que encontram fundamento no inciso IV e no art. 220, § 2-, como formas de manifestação do pensamento. Nessa parte, a regra é plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, mas essa eficácia pode ser contida (restringida) em relação àquele que se eximir de obrigação legal imposta a todos e se recusar a cumprir a prestação alternativa, fixada em lei"; (ii) o art. 5[2], XIII, pois apesar da garantia da liberdade para escolha profissional "o legislador ordinário, não obstante, pode estabelecer qualificações profissionais para tanto (...) a lei só pode interferir para exigir certa habilitação para o exercício de uma ou outra profissão ou ofício. Na ausência de lei, a liberdade é ampla, em sentido teórico".

91 Quanto às normas de eficácia limitada, José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, 1998, apresenta como exemplos: (i) o art. 32, § 4[a] ("Lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar"); (ii) o art. 37, XI ("a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e menor remuneração dos servidores públicos (...)"; (iii) o art. 146 (Cabe à lei complementar: I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; III - estabelecer normas gerais em matéria de

legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas; d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239)".

92 V. José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, 2001, p. 164: "Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes: I - estabelecem um dever para o legislador ordinário; II - condicionam a legislação futura, com a conseqüência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III - informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV - constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V - condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI - criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou desvantagem, o que será visto no capítulo seguinte".

Essa classificação recebeu críticas diversas[93]. Uma das mais consistentes foi formulada por Luís Virgílio Afonso da Silva. Em apertada síntese, sua tese é a seguinte: há impropriedade na referência a normas de eficácia plena, ao menos no campo dos direitos fundamentais, porque não há direitos absolutos. Sendo assim, todos estão sujeitos a restrições, sejam as decorrentes da atuação do legislador, sejam as que resultarão de sopesamentos feitos pelo intérprete. Ademais, se todos os direitos são restringíveis, a segunda espécie de normas - as de eficácia contida - não tem razão de existir como categoria autônoma. Por fim, reiterando idéia que se tornou corrente, reconhece o autor que todos os direitos dependem de atuações estatais, meios institucionais e condições fáticas e jurídicas para se realizarem. Assim sendo, tampouco se justifica a identificação de normas de eficácia limitada, porque todas o são[94].

O tema da eficácia e do próprio papel das normas constitucionais foi objeto de algumas outras reflexões importantes[95], tendo voltado ao centro do debate acadêmico pela pena do autor português J. J. Gomes Canotilho, com sua célebre tese de doutoramento, publicada em 1982, sob o título de Constituição dirigente e vinculação do legislador. Nesse trabalho, sobre o qual veio a formular, bem adiante, reflexão crítica severa[96], Canotilho difundiu a idéia da Constituição dirigente, "entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas

do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem

93 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Curso de direito constitucional, 2005, p. 389. V. tb. André Ramos Tavares, Curso de direito constitucional, 2006, p. 95-97.

94 Luís Virgílio Afonso da Silva, O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, 2005, p. 326-327, mimeografado: "[S]e tudo é restringivel, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de restrições a direitos - logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida ou restringivel; além disso, se tudo é regulamentável e, mais do que isso, depende de regulamentação para produzir todos os seus efeitos, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de regulamentações a direitos - logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada".

95 Celso Antônio Bandeira de Mello, Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social, RDP, 57:233, 1981; Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Britto, Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais, 1982; Maria Helena Diniz, Norma constitucional e seus efeitos, 1989.

96 V. J. J. Gomes Canotilho, Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo, Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 15:7, 1996. Esse texto foi incorporado a uma reflexão mais ampla, contida no prefácio da 2- edição do Constituição dirigente e vinculação do legislador, 2001. V. tb. Jacinto de Miranda Coutinho (org.), Canotilho e a Constituição dirigente, 2003, especialmente o texto de Eros Roberto Grau, "Resenha do prefácio da 2- edição". É bem de ver, no entanto, que a Constituição portuguesa de 1976 trazia em si uma ideologia, um projeto específico de poder, de inspiração socialista. Esse jamais foi o caso da Constituição brasileira de 1988, que desde a sua origem abrigou um modelo pluralista. Não se pode assim, a rigor, dar à expressão Constituição dirigente o mesmo sentido em Portugal e no Brasil.

imposições"[97]. O estudo envolve a complexa ambição de constitucionalização da política, tendo como núcleo essencial do debate as relações entre o constituinte e o legislador ou, nas palavras do autor: "o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais"[98].

Os trabalhos notáveis acima identificados, em meio a outros, dedicaram-se, substancialmente, à eficácia jurídica, para concluir que todas as normas constitucionais a possuem, em maior ou menor intensidade, e que são aplicáveis nos limites de seu teor objetivo. Por opção metodológica ou por acreditar estar a matéria fora do plano jurídico[99], a doutrina não deu atenção especial a um problema diverso e vital: o de saber se os efeitos potenciais da norma se produzem de fato. O Direito existe para realizar-se

e a verificação do cumprimento ou não de sua função social não pode ser estranha ao seu objeto de interesse e de estudo.

A esse tema dediquei um texto escrito em 1985 - A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?[100] - e minha tese de livre-docên- cia, escrita em 1988, intitulada A força normativa da Constituição. Elementos para a efetividade das normas constitucionais[101]. Esses dois trabalhos procuravam introduzir de forma radical a juridicidade no direito constitucional brasileiro e substituir a linguagem retórica por um discurso substantivo, objetivo, comprometido com a realização dos valores e dos direitos contemplados na Constituição. Essas idéias foram retomadas e aprofundadas em alguns estudos preciosos[102].

97 J. J.Gomes Canotilho, Constituição dirigente e vinculação do legislador, 2001, p. 224.

98 J. J.Gomes Canotilho, Constituição dirigente e vinculação do legislador, 2001, p. 11. Sobre o tema, v. tb. Gilberto Bercovici, A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro, Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, 142'35, 1999.

99 Na 3S edição de seu Aplicabilidade das normas constitucionais, 1998, p. 13, escreveu o professor José Afonso da Silva: "Aplicabilidade significa a qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz efetivamente esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito à sua eficácia social, enquanto nosso tema se situa no campo da ciência jurídica, não da sociologia jurídica".

100 In Anais do Congresso Nacional de Procuradores do Estado, 1996.

101 Publicado em versão comercial sob o título O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 1990, atualmente em 7- edição. O trabalho é dividido em três partes: I - Raízes e causas do fracasso institucional brasileiro; II - Conceitos fundamentais para uma nova realidade constitucional; III - Meios para assegurar a efetividade das normas constitucionais.

102 Com orgulho, destaco alguns deles, escritos por jovens brilhantes, que foram meus alunos na graduação e na pós-graduação na Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002; Marcos Maselli Gouvêa, 0 controle judicial das omissões administrativas, 2003; José Carlos Vasconcellos dos Reis, As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado, 2003; Ana-

Passados quase vinte anos, ambos os objetivos que haviam movido a mim próprio e à minha geração - dar ao direito constitucional

uma nova linguagem e um sentido normativo - realizaram-se amplamente. Decerto, a produção acadêmica terá tido o seu papel, mas não se deve ter a ingenuidade - ou, mais grave, a pretensão - de supor que a realidade se transforme drasticamente porque assim se escreveu ou desejou. Os processos históricos amadurecem e eclodem na sua hora. O dia amanhece, simultaneamente aos muitos cantos que o anunciam, mas por desígnio próprio[103].

III A CONQUISTA DA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

1 Antecedentes históricos

A acidentada experiência constitucional brasileira produziu, desde a independência, em 1822, oito cartas políticas. Além da evidente instabilidade, o projeto institucional brasileiro, até a Constituição de 1988, foi marcado pela frustração de propósitos dos sucessivos textos que procuravam repercutir sobre a realidade política e social do país. Vivemos intensamente todos os ciclos do atraso: a escravidão, o coronelismo, o golpismo, a manipulação eleitoral, a hegemonia astuciosa de alguns Estados membros da Federação, o populismo, o anticomunismo legitimador de barbaridades diversas, uma ditadura civil e outra militar. Até a sorte nos faltou em dois momentos cruciais de retomada democrática: a morte de Tancredo Neves, em 1985, e o impeachment de Collor de Mello, em 1992.

Na antevéspera da convocação da constituinte de 1988, era possível identificar um dos fatores crônicos do fracasso na realização do Estado de direito no país: a falta de seriedade em relação à lei fundamental, a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser. Dois exemplos emblemáticos: a Carta de 1824 estabelecia que "a lei será igual para todos", dispositivo que conviveu, sem que se assinalassem perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. Outro: a Carta de 1969, outorgada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, assegurava um amplo elenco de liberdades públicas inexistentes e prometia aos trabalhadores um pitoresco

belle Macedo Silva, A concretização judicial das normas constitucionais, 2004. Em linha filosófica diversa, mas com igual densidade teórica, v. Gustavo Amaral, Direito, escassez e escolha, 2001.

103 Luís Roberto Barroso, 0 direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2006, Nota Prévia.

elenco de direitos sociais não desfrutáveis, que incluíam "colônias de férias e clínicas de repouso".

Além das complexidades e sutilezas inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, havia no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional. A Constituição, nesse contexto, tornava-se uma mistificação, um instrumento de dominação ideológica[104], repleta de promessas que não seriam honradas. Nela se buscava não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. A

disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, encontrava-se na não aquiescência ao sentido mais profundo e conseqüente da lei maior por parte dos estamentos perenemente dominantes, que sempre construíram uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado.

A doutrina da efetividade consolidou-se no Brasil como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e de superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição.

2 Normatividade e realidade fática: possibilidades e limites do direito constitucional

Como assinalado anteriormente, uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Uma vez investida na condição de norma jurídica, a norma constitucional passou a desfrutar dos atributos essenciais do gênero, dentre os quais a impe- ratividade. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, aconselhar, alvitrar. Normas jurídicas e, ipsofacto, normas constitucionais contêm comandos, mandamentos, ordens, dotados de força jurídica, e não apenas moral. Logo, sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhes a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das conseqüências da insubmissão. É bem de ver, nesse domínio, que as normas constitucionais são não apenas normas jurídicas, como têm também um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal

104 Eros Roberto Grau, A constituinte e a Constituição que teremos, 1985, p. 44.

equivocidade que longamente campeou nessa matéria, nelas vislumbrando prescrições desprovidas de sanção, mero ideário sem eficácia jurídica.

Pois bem: nesse novo ambiente doutrinário, surgiram tensões inevitáveis entre as pretensões de normatividade do constituinte, as circunstâncias do universo de fato subjacente e, naturalmente, a inércia e a resistência do status quo. A aplicação da dogmática jurídica tradicional às categorias do direito constitucional, com sua complexa ambição de disciplinar os fatos políticos, gerou um conjunto vasto de dificuldades teóricas e práticas. Algumas delas são objeto das reflexões que se seguem.

A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo. Esta é uma evidência que não se pode ignorar. Mas ela não se reduz à mera expressão das circunstâncias concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria,

autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente, de onde derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional, como forma de atuação social[105].

O tema envolve inúmeras sutilezas. É costume afirmar, em sistemática repetição, que uma Constituição deve refletir as condições históricas, políticas e sociais de um povo. Conquanto sugira uma obviedade, essa crença merece reflexão. Indaga-se, ao primeiro relance: se uma sociedade, por circunstâncias diversas da sua formação, é marcadamente autoritária e tem um código opressivo de relações sociais, devem o constituinte e o legislador ordinário curvar-se a essa conjuntura e cristalizá-la nos textos normativos? Parece intuitivo que não. Logo, a ordem jurídica não é mero retrato instantâneo de uma dada situação de fato, nem o Direito uma ciência subalterna de passiva descrição da realidade[106].

105 Konrad Hesse, La fuerza normativa de la Constitución, in Escritos de derecho constitucional, 1983, p. 75; Eduardo Garcia de Enterría, La Constitución como normayel Tribunal Constitucional, 1991. V. também Flavio Bauer Novelli, A relatividade do conceito de Constituição e a Constituição de 1967, Revista de Direito Administrativo, 88:3, 1967, p. 3 e 6.

106 Konrad Hesse, ex-Juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão, em seu valioso ensaio já referido (La fuerza normativa de la Constitución, in Escritos de derecho constitucional, 1983, p. 63), assentou com propriedade: "Si las normas de la Constitución no son sino la expresión de relaciones de hecho en continuo cambio, la ciência de la constitución jurídica tiene que volverse una disciplina jurídica sin Derecho a la que no le queda en último término otra tarea que la de constatar y comentar ininterrupidamente los hechos produzidos por la realidad política. La ciência dei Derecho Político no es, entonces, servicio a un orden estatal justo que debe encontrar cumplimiento sino que recibe la penosa función, indigna de una ciência, de justificar las relaciones de poder existentes".

Na outra face do mesmo problema, é de reconhecer que o Direito tem limites que lhe são próprios e que por isso não deve ter a pretensão de norma - tizar o inalcançável. Esse "otimismo juridicizante"[107] se alimenta da crença desenganada de que é possível salvar o mundo com papel e tinta. Diante de excessos irrealizáveis, a tendência do intérprete é negar o caráter vinculativo da norma, distorcendo, por esse raciocínio, a força normativa da Constituição. As ordens constitucionais devem ser cumpridas em toda a extensão possível. Ocorrendo a impossibilidade fática ou jurídica, deve o intérprete declarar tal situação, deixando de aplicar a norma por esse fundamento e não por falta de normatividade. Aí estarão em cena conceitos como reserva do possível, princípios orçamentários, separação de Poderes, dentre outros. Como já assinalado, certas normas podem ter sua aplicabilidade mitigada por outras normas ou pela realidade subjacente.

3 Conceito de efetividade

Tradicionalmente, a doutrina analisa os atos jurídicos em geral, e os atos normativos em particular, em três planos distintos: o da existência (ou vigência), o da validade e o da eficácia[108]. As anotações que se seguem têm por objeto um quarto plano, que por longo tempo fora negligenciado: o da efetividade ou eficácia social da norma. A idéia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo[109]. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

Foi longa a trajetória do direito constitucional em busca de efetividade, na Europa em geral e na América Latina em particular. No Brasil, notadamente, a influência do modelo francês deslocava a ênfase do estudo para a parte orgânica da Constituição, com o foco voltado para as instituições políticas. Consequentemente, negligenciava-se a sua parte dogmática (prescritiva, deonto- lógica), a visualização da Constituição como carta de direitos e de instrumentalização de sua tutela. Contudo, a partir do início dos anos 80 do século passado,

107 A expressão está em Pablo Lucas Verdú, Curso de derecho político, 1976, v. I, p. 28.

108 V. Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2006, p. 78 e s. Especificamente sobre o conceito de vigência, v. J. H. Meirelles Teixeira, Curso de direito constitucional, 1991, p. 285 e s.

109 V. Miguel Reale, Lições preliminares de Direito, 1973, p. 13 5, e Hans Kelsen, Teoria pura do Direito, 1979, pp. 29-30.

com grande proveito prático, boa parte do debate constitucional brasileiro afastou-se dos domínios da ciência política e aproximou-se do direito processual, produzindo uma virada jurisprudencial na matéria[110]. Ao longo da segunda metade da década de 90 e na passagem para o século XXI, com sua identidade própria consolidada, o direito constitucional, entre nós, iniciou sua reaproxi- mação com a filosofia moral e com a filosofia política (v. infra).

A efetividade da Constituição há de assentar-se sobre alguns pressupostos indispensáveis. Como foi referido, é preciso que haja, da parte do constituinte, senso de realidade, para que não pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar. Ademais, deverá ele atuar com boa técnica legislativa, para que seja possível vislumbrar adequadamente as posições em que se investem os indivíduos, assim como os bens jurídicos protegidos e as condutas exigíveis. Em terceiro lugar, impõe-se ao Poder Público vontade política, a concreta determinação de tornar realidade os comandos constitucionais. E, por fim, é

indispensável o consciente exercício de cidadania, mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais.

4 Os direitos subjetivos constitucionais e suas garantias jurídicas

A análise do conteúdo e potencialidades das diferentes categorias de direitos constitucionais deve ser desenvolvida no âmbito do estudo dos direitos fundamentais. Por ora, cumpre consignar que a doutrina da efetividade impor- ■ tou e difundiu, no âmbito do direito constitucional, um conceito tradicionalmente apropriado pelo direito civil, mas que, na verdade, integra a teoria geral do direito: o de direito subjetivo. Por direito subjetivo, abreviando uma longa discussão, entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse. Mais relevante para os fins aqui visados é assinalar as características essenciais dos direitos subjetivos, a saber: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem; b) ele é violável, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu ti

no O fenômeno aqui descrito não importa em negar a contribuição da ciência política, assim como da história, da sociologia e da filosofia, para a compreensão do direito constitucional e de sua efetiva interação com as instâncias de poder político, social e econômico. Cuida-se apenas de afirmar que o estudo do direito constitucional sob perspectiva eminentemente jurídica, com ênfase na realização prática de suas prescrições, deu novo status à disciplina e elevou o patamar de funcionamento do Estado democrático de direito no Brasil. Não é preciso abrir mão disso para reconhecer a importância de se manterem canais de comunicação entre o Direito e os demais ramos das ciências sociais.

tular uma pretensão, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e san- cionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial.

Em desenvolvimento do raciocínio, as normas constitucionais definidoras de direitos - isto é, de direitos subjetivos constitucionais - investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Não cumprido espontaneamente o dever jurídico, o titular do direito lesado tem reconhecido constitucionalmente o direito de exigir do Estado que intervenha para assegurar o cumprimento da norma, com a entrega da prestação. Trata-se do direito de ação, previsto no art. 5°, XXXV, da Constituição, em dispositivo assim redigido: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

O direito de ação - ele próprio um direito subjetivo, consistente na possibilidade de exigir do Estado que preste jurisdição - tem fundamento constitucional. Mas as ações judiciais, normalmente, são instituídas e disciplinadas pela legislação infraconstitucional. A Constituição

brasileira, todavia, institui ela própria algumas ações. Tradicionalmente, desde a Constituição de 1934, três eram as ações constitucionais: o habeas corpus (que fora constitucionalizado desde 1891 - CF/88, art. 5^2, LXVIII), o mandado de segurança (art. 5^2, LXIX) e a ação popular (art. 5^2, LXXIII). A Constituição de 1988 ampliou esse elenco, acrescentando o mandado de segurança coletivo (art. 5^2, LXX), a ação civil pública (art. 129, III), o mandado de injunção (art. 5^2, LXXI) e o habeas data (art. 5LXXII). O direito de ação e as ações constitucionais e infraconstitucio- nais constituem as garantias jurídicas dos direitos constitucionais e os principais mecanismos de efetivação das normas constitucionais quando não cumpridas espontaneamente.

Em uma proposição, a doutrina da efetividade pode ser assim resumida: todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos - políticos, individuais, sociais ou difusos - são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como conseqüência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.

5 A inconstitucionalidade por omissão

A maior parte dos comandos constitucionais se materializa em normas cogentes, que não podem ter sua incidência afastada pela vontade das partes, ao contrário do que ocorre, no âmbito privado, com as normas dispositivas. As normas cogentes se apresentam nas versões proibitiva e preceptiva, vedando ou impondo determinados comportamentos, respectivamente. É possível,

portanto, violar a Constituição praticando um ato que ela interditava ou deixando de praticar um ato que ela exigia. Porque assim é, a Constituição é suscetível de violação por via de ação, uma conduta positiva, ou por via de omissão, uma inércia ilegítima[111].

A inconstitucionalidade por omissão, como um fenômeno novo, que tem desafiado a criatividade da doutrina, da jurisprudência e dos legisladores, é a que se refere à inércia na elaboração de atos normativos necessários à realização dos comandos constitucionais. Como regra, legislar é uma faculdade do legislador. A decisão de criar ou não lei acerca de determinada matéria insere-se no âmbito de sua discricionariedade ou, mais propriamente, de sua liberdade de conformação. De ordinário, sua inércia ou sua decisão política de não agir não caracterizarão comportamento inconstitucional. Todavia, nos casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma reguladora da atuação de determinado preceito constitucional, sua abstenção será ilegítima e configurará caso de inconstitucionalidade por omissão.

O tema da inconstitucionalidade por omissão foi amplamente

debatido nos anos que antecederam a convocação e os trabalhos da Assembleia Constituinte que resultaram na Constituição de 1988. A nova Carta concebeu dois remédios jurídicos diversos para enfrentar o problema: (i) o mandado de injunção (art. 5-, LXXI), para a tutela incidental e in concreto de direitos subjetivos constitucionais violados devido à ausência de norma reguladora; e (ii) a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2°), para o controle por via principal e em tese das omissões normativas. Nenhuma das duas fórmulas teve grande sucesso prático, à vista das vicissitudes da técnica legislativa empregada e das limitações que lhes foram impostas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[112]. Tal circunstância, todavia, não impediu

111 V. STF, ADI 1.458 MC/DF, Rei. Min. Celso de Mello, DJ, 20.09.1996: "O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofenden- do-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público".

112 V. Luís Roberto Barroso, O controle de constitucionalidade no direito constitucional brasileiro, 2006, p. 31-38, 112-132 e 219-241. No segundo semestre de 2007, o STF deu novo impulso ao mandado de injunção, ao superar a jurisprudência restritiva que firmara anteriormente (a partir do leading case no MI 107-3-DF) e produzir uma espécie de "sentença aditiva" regula-

que juizes e tribunais, na maioria das situações, dessem máxima efetividade às normas constitucionais, na extensão possível permitida pela densidade normativa de seus textos.

6 Consagração da doutrina da efetividade e novos desenvolvimentos teóricos

A doutrina da efetividade se desenvolveu e foi sistematizada no período que antecedeu a convocação da Assembleia Constituinte que viria a elaborar a Constituição de 1988. Partindo da constatação ideológica de que o constituinte é, como regra geral, mais progressista do que o legislador ordinário, forneceu substrato teórico para a consolidação e aprofundamento do processo de democratização do Estado e da sociedade no Brasil.

Para realizar esse objetivo, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.

Esse discurso normativo, científico e judicialista não constituiu, propriamente, uma preferência acadêmica, filosófica ou estética. Ele resultou de uma necessidade histórica. O positivismo constitucional, que deu impulso ao movimento, não importava em reduzir o direito à norma, mas sim em elevá-lo a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania.

A preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade, incorporou-se, de modo natural, à vivência jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvéssemos descoberto o óbvio após longa procura. As poucas situações em que o Supremo Tribunal Federal deixou de reconhecer aplicabilidade direta e imediata às normas constitucionais foram

mentadora do art. 37, VII, relativo ao exercício do direito de greve no serviço público. A Cone deliberou que, até a superação da omissão pelo Congresso Nacional, aplicar-se-ia a Lei n. 7.783/89, que trata da matéria no setor privado. MI 670/ES, Rei. orig. Min. Maurício Corrêa, Rei. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007.

destacadas e comentadas em tom severo[113]. Em menos de uma geração, o direito constitucional brasileiro passou da desimportância ao apogeu, tornando-se o centro formal, material e axiológico do sistema jurídico.

A doutrina da efetividade serviu-se, como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. O sucesso aqui celebrado não é infirmado pelo desenvolvimento de novas formulações doutrinárias, de base pós-positivista e voltadas para a fundamentalidade material da norma. Entre nós - talvez diferentemente do que se passou em outras partes -, foi a partir do novo patamar criado pelo constitucionalismo brasileiro da efetividade[114] que ganharam impulso os estudos acerca do neoconstituciona- lismo e da

teoria dos direitos fundamentais[115].

113 Dentre elas as referentes aos juros reais de 12% (art. 192, § 3[2], já revogada pela EC n. 40, de 2003); ao direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII); e ao próprio objeto e alcance do mandado de injunção (art. 5[a], LXXI).

114 A expressão foi empregada por Cláudio Pereira de Souza Neto, Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático, in Luís Roberto Barroso (org.), A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 2003.

115 Marcos Maselli Gouvêa, 0 controle judicial das omissões administrativas, 2003, discorre acerca do postulado da efetividade como marco teórico relevante para a teoria dos direitos fundamentais no Brasil, notadamente quanto ao reconhecimento dos direitos prestacionais.

PARTE 11 O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: MUDANÇAS DE PARADIGMAS E A CONSTRUÇÃO DO MODELO CONTEMPORÂNEO

CAPÍTULO I ANTECEDENTES TEÓRICOS E FILOSÓFICOS

Sumário: I - A teoria jurídica tradicional. II - A teoria crítica do Direito. III - Ascensão e decadência do jusnaturalismo. IV - Ascensão e decadência do positivismo jurídico.

I A TEORIA JURÍDICA TRADICIONAL'

O Direito é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social. Onde quer que haja um agrupamento humano, normas de organização e conduta tendem a desenvolver-se, ainda que de forma tácita e precária. O Direito praticado em Roma - que vicejou em torno das relações privadas, com o direito civil no centro do sistema - espalha-se pelos vastos territórios conquistados, sobrevivendo como base jurídica comum mesmo após a decadência do Império. Desenvolvido em seus conceitos pelos comentadores, sobretudo pela chamada escola das Pandectas, de origem germânica, daria origem à família jurídica romano-germânica, dominante na Europa continental e posteriormente exportada para os domínios sob sua influência.

O Estado moderno surge no século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo e fundado no direito divino dos reis. Na prática jurídica, predomina a herança comum do direito romano, ainda não reunido em diplomas legislativos sistemáticos. Na passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, o Direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, matéria-prima das revoluções francesa e americana. Começa a era das codificações, inaugurada pelo Código Napoleônico, de 1804, que espelha a pretensão racionalista da época. O Direito moderno, em suas categorias principais, consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com status e ambição de ciência.

Surgem os mitos. A lei passa a ser vista como expressão

superior da razão. A ciência do Direito - ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica - é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e autossuficiente: lacunas

1 Hans Kelsen, Teoria pura do Direito, 1979; Norberto Bobbio, Teoria do ordenamento jurídico, 1990; Karl Engisch, Introdução ao pensamento jurídico, 1996; Karl Larenz, Metodologia da ciência do Direito, 1997; René David, Os grandes sistemas jurídicos, 1978; Miguel Reale, Lições preliminares de Direito, 1990; Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito, 1996; Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Função social da dogmática jurídica, 1998; José Reinaldo de Lima Lopes, O Direito na história, 2000; José de Oliveira Ascensão, 0 Direito: introdução e teoria geral, 1993.

eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separada da filosofia do Direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a sua própria estrutura, para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.

Na aplicação desse direito puro e idealizado, pontifica o Estado como árbitro imparcial. A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz - la bouche qui prononce les paroles de la loP - é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo. Em síntese simpli- ficadora, estas algumas das principais características do Direito na perspectiva clássica: a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. Tudo regido por um ritual solene, que abandonou a peruca, mas conservou a tradição e o formalismo. Têmis, vendada, balança na mão, é o símbolo maior, musa de muitas gerações: o Direito produz ordem e justiça, com equilíbrio e igualdade.

Ou talvez não seja bem assim.

II A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO[3]

Sob a designação genérica de teoria crítica do direito, abriga-se um conjunto de movimentos e de idéias que questionam o saber jurídico tradicional

2 Montesquieu, De Vespritdes lois, livre XI, chap. 6, 1748. No texto em português (0 espírito das leis, Saraiva, 1987, p. 176): "Mas os Juizes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor".

3 Marx e Engels, Obras escolhidas, 1961, 2 v.; Luiz Fernando Coelho, Teoria crítica do Direito, 1991; Óscar Correas, Crítica da ideologia jurídica, 1995; Michel Miaille, Introdução crítica ao Direito, 1989; Luis Alberto Warat, Introdução geral ao Direito, 1994-1995, 2 v.; Plauto

Faraco de Azevedo, Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica, 1989; Antonio Carlos Wolkmer, Introdução ao pensamento crítico, 1995; Luis Alberto Warat, O outro lado da dogmática jurídica, in Leonel Severo da Rocha (org.), Teoria do Direito e do Estado, 1994; Robert Hayman e Nancy Levit, Jurisprudence: contemporary readings, problems, and narratives, 1994; Enrique Marí et al., Materiales para una teoria crítica dei derecho, 1991; Carlos Maria Cárcova, A opacidade do Direito, 1998; Óscar Correas, El neoliberalismo en el imaginario jurídico, in Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar, 1996; Edmundo Lima de Arruda Jr., Introdução à sociologia jurídica alternativa, 1993, e Direito, marxismo e liberalismo, 2001; Clèmerson Merlin Clève, A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória), in Direito alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito, Instituto dos Advogados Brasileiros, 1993; Luiz Edson Fachin, Teoria crítica do direito civil, 2000; Paulo Ricardo Schier, Filtragem constitucional, 1999; Leonel Severo Rocha, Da teoria do Direito

na maior parte de suas premissas: cientificidade, objetividade, neutralidade, estatalidade, completude. Funda-se na constatação de que o Direito não lida com fenômenos que se ordenam independentemente da atuação do sujeito, seja ele o legislador, o juiz ou o jurista. Esse engajamento entre sujeito e objeto compromete a pretensão científica do Direito e, como conseqüência, seu ideal de objetividade, de um conhecimento que não seja contaminado por opiniões, preferências, interesses e preconceitos.

A teoria crítica, portanto, enfatiza o caráter ideológico do Direito, equipa- rando-o à política, a um discurso de legitimação do poder. O Direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe. Em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, encobre-se a dominação, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra. Contra isso, a teoria crítica preconiza a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação[4].

Uma das teses fundamentais do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da bênção estatal, da positivação, do reconhecimento expresso pela estrutura de poder. O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei. A teoria crítica resiste, também, à idéia de completude, de autossuficiência e de pureza, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta os outros conhecimentos teóricos. O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito)[5]. A interdisciplinaridade, que colhe elementos em

outras áreas do saber - inclusive os menos óbvios, como a psicanálise ou a lingüística - tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico.

O pensamento crítico teve expressão na produção acadêmica de diversos países, notadamente nas décadas de 70 e 80. Na França, a Critique du Droit,

à teoria da sociedade, in Teoria do Direito e do Estado, 1994; Ted Honderich (editor), The Oxford companion to philosophy, 1995; Marilena Chauí, Convite à filosofia, 1999; Marcus Vinícius Martins Antunes, Engels e o Direito, in Fios de Ariadne: ensaios de interpretação marxista, 1999; Boaventura de Souza Santos, Para um novo senso comum: a ciência, o Direito e a política na transição paradigmática, 2000.

4 Proposição inspirada por uma passagem de Marx, na XI Tese sobre Feuerbach: os filósofos apenas interpretaram de diversos modos o mundo; o que importa é transformá-lo.

5 Elíâs Díaz, Ética contra política: los intelectuales y el poder, 1990, p. 17-31; v. tb. Plauto Faraco de Azevedo, Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica, 1989, p. 36.

influenciada por Althusser, procurou atribuir caráter científico ao Direito, mas uma ciência de base marxista, que seria a única ciência verdadeira[6]. Nos Estados Unidos, os Criticai Legal Studies, também sob influência marxista - embora menos explícita difundiram sua crença de que law is politics, convocando os operadores jurídicos a recompor a ordem legal e social com base em princípios humanísticos e comunitários[7]. Anteriormente, na Alemanha, a denominada Escola de Frankfurt lançara algumas das bases da teoria crítica, questionando o postulado positivista da separação entre ciência e ética, completando a elaboração de duas categorias nucleares - a ideologia e a práxis[8] -, bem como identificando a existência de duas modalidades de razão: a instrumental e a crítica[9]. A produção filosófica de pensadores como Horkheimer, Marcuse, Adorno e, mais recentemente, Jürgen Habermas, terá sido a principal influência pós-marxista da teoria crítica.

No Brasil, a teoria crítica do direito compartilhou dos mesmos fundamentos filosóficos que a inspiraram em sua matriz europeia, tendo se manifestado em diferentes vertentes de pensamento: epistemológico, sociológico, semiológico[10],

6 Óscar Correas, Crítica da ideologia jurídica, 1995, p. 126-132. Michel Miaille, Introdução crítica ao Direito, 1989, p. 327: "Esta experiência crítica do direito abre campo a uma nova maneira de tratar o direito. (...) É o sentido profundo do marxismo, deslocar o terreno do conhecimento do real, oferecendo uma passagem libertadora: o trabalho teórico liberta e emancipa condições clássicas da investigação intelectual pelo fato decisivo de o pensamento marxista refletir, ao mesmo tempo, sobre as condições da sua existência e sobre as condições da sua interseção na vida social". De Louis Althusser, v., em português, Aparelhos

ideológicos de Estado, 1998.

7 Robert L. Hayman e Nancy Levit, Jurisprudence: contemporary readings, problems, and narratives, 1994, p. 215. Uma das lideranças do movimento foi o professor de Harvard, de nacionalidade brasileira, Roberto Mangabeira Unger, que produziu um dos textos mais difundidos sobre esta corrente de pensamento: The criticai legal studies movement, 1986. Para uma história do movimento, v. Mark Tushnet, Criticai legal studies: a political history, Yale Law Journal, 100:1515, 1991. Para uma crítica da teoria crítica, v. Owen Fiss, The death of the law, Cornell Law Review, 72:1, 1986.

8 Luiz Fernando Coelho, Teoria crítica do Direito, 1991, p. 398: "As categorias críticas exsur- gidas dessa dialética são a práxis, que se manifesta como teoria crítica, como atividade produtiva e como ação política, e a ideologia, vista como processo de substituição do real pelo imaginário e de legitimação da ordem social real em função do imaginário".

9 Marilena Chauí, Convite à filosofia, 1999: "Os filósofos da Teoria Crítica consideram que existem, na verdade, duas modalidades da razão: a razão instrumental ou razão técnico-cien- tífica, que está a serviço da exploração e da dominação, da opressão e da violência, e a razão crítica ou filosófica, que reflete sobre as contradições e os conflitos sociais e políticos e se apresenta como uma força libertadora".

10 Para um alentado estudo da interpretação jurídica sob essa perspectiva, v. Lenio Luiz Streck, Hermenêutica jurídica em crise, 1999.

psicanalítico[11] e da teoria crítica da sociedade[12]. Todos eles tinham como ponto comum a denúncia do Direito como instância de poder e instrumento de dominação de classe, enfatizando o papel da ideologia na ocultação e legitimação dessas relações. O pensamento crítico no país alçou voos de qualidade e prestou inestimável contribuição científica. Mas não foi um sucesso de público.

Nem poderia ter sido diferente. O embate para ampliar o grau de conscientização dos operadores jurídicos foi desigual. Além da hegemonia quase absoluta da dogmática convencional - beneficiária da tradição e da inércia -, a teoria crítica conviveu, também, com um inimigo poderoso: a ditadura militar e seu arsenal de violência institucional, censura e dissimulação. A atitude filosófica em relação à ordem jurídica era afetada pela existência de uma legalidade paralela - dos atos institucionais e da segurança nacional - que, freqüentemente, desbordava para um Estado de fato. Não eram tempos amenos para o pensamento de esquerda e para o questionamento das estruturas de poder político e de opressão social.

Na visão de curto prazo, o trabalho de desconstrução desenvolvido pela teoria crítica, voltado para a desmistificação do conhecimento jurídico convencional, trouxe algumas conseqüências problemáticasdentre as quais: a) o abandono do Direito como espaço de atuação das forças progressistas, menosprezado em seu papel transformador; b) o desperdício das potencialidades interpre- tativas das

normas em vigor. Disso resultou que o mundo jurídico se tornou feudo do pensamento conservador ou, no mínimo, tradicional. E que não se exploraram as potencialidades da aplicação de normas de elevado cunho social, algumas inscritas na própria Constituição outorgada pelo regime militar. Sobre o ponto, averbei em outro estudo:

"No início e em meados da década de 80, na América Latina, ainda sob o signo do autoritarismo militar e do anticomunismo truculento, o direito constitucional vagava errante entre dois extremos, ambos destituídos de normatividade. De um lado, plena de razões e em nome da causa da humanidade, a teoria crítica denunciava o direito como legitimador do status quo, instrumento puramente formal de dominação, incapaz de contribuir para o avanço do processo social e para a superação das estruturas de

11 Sobre essa temática, vejam-se dois trabalhos publicados na obra coletiva Direito e neoliberalismo, 1996: Agustinho Ramalho, Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise, e Jacinto de Miranda Coutinho, Jurisdição, psicanálise e o mundo neoliberal.

12 Luiz Fernando Coelho, Teoria crítica do Direito, 1991, p. 396-397.

13 Paulo Schier, Filtragem constitucional, 1999, p. 34: "Essas teorias, de certa forma, acabaram por desencadear algumas conseqüências problemáticas, dentre as quais (...): (i) a impossibilidade de se vislumbrar a dogmática jurídica como instrumento de emancipação dos homens em sociedade e (ii) o esvaziamento da dignidade normativa da ordem jurídica".

opressão e desigualdade. De outro lado, o pensamento constitucional convencional, mimetizado pela ditadura, acomodava-se a uma perspectiva historicista e puramente descritiva das instituições vigentes. Indiferente à ausência de uma verdadeira ordem jurídica e ao silêncio forçado das ruas, resignava-se a uma curricular desimportância. Cada uma dessas vertentes - a crítica e a convencional por motivos opostos, desprezava as potencialidades da Constituição como fonte de um verdadeiro direito"[14].

Porém, dentro de uma visão histórica mais ampla, é impossível desconsiderar a influência decisiva que a teoria crítica teve no surgimento de uma geração menos dogmática, mais permeável a outros conhecimentos teóricos e sem os mesmos compromissos com o status quo. A teoria crítica deve ser vista, nesse início de século, na mesma perspectiva que a teoria marxista: apesar de seu refluxo na quadra atual, sobretudo após os eventos desencadeados a partir de 1989 (queda do muro de Berlim e fim da União Soviética), conserva as honras de ter contestado, modificado e elevado o patamar do conhecimento convencional. Nesse início de milênio, ela vive os dilemas do pensamento de esquerda em geral[15].

A redemocratização no Brasil impulsionou uma volta ao

Direito[16]. É certo que já não se alimenta a crença de que a lei seja "a expressão da vontade geral

14 Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2006 (Iª ed. 1990), Nota Prévia.

15 Confira-se, a propósito, a reflexão de Boaventura de Souza Santos, Para um novo senso comum: a ciência, o Direito e a política na transição paradigmática, 2002, p. 35, que, após assinalar a dicotomia consenso/resignação, fez sobre o ponto a seguinte análise: "A teoria crítica foi desenvolvida para lutar contra o consenso como forma de questionar a dominação e criar o impulso de lutar contra ela. Como proceder numa situação em que o consenso deixou de ser necessário e, portanto, a sua desmistificação deixou de ser a mola do inconformismo? É possível lutar contra a resignação com as mesmas armas teóricas, analíticas e políticas com que se lutou contra o consenso?".

16 Pessoalmente, fiz a travessia do pensamento crítico para a utilização construtiva da dogmática jurídica em um trabalho escrito em 1986 - A efetividade das normas constitucionais (Por que não uma Constituição para valer?), apresentado no Congresso Nacional de Procuradores de Estado, Brasília, 1986 (in Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 1986) e no VIII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, Porto Alegre, 1987. Esse texto foi a base de minha tese de livre-docência, concluída em 1988, e que se converteu no livro O direito constitucional e a efetividade de suas normas (Iª ed. 1990). Mais à frente, no Interpretação e aplicação da Constituição, 2006, p. 301 (Iª ed. 1995), expressei minha convicção sobre o ponto: "Sem abrir mão de uma perspectiva questionadora e crítica, é possível, com base nos princípios maiores da Constituição e nos valores do processo civilizatório, dar um passo à frente na dogmática constitucional. Cuida-se de produzir um conhecimento e uma prática asseguradores das grandes conquistas históricas, mas igualmente comprometidos com a transformação das estruturas vigentes. O esboço de uma dogmática autocrítica e progressista, que ajude a ordenar um país capaz de gerar riquezas e distribuí-las adequadamente".

institucionalizada"[17] e se reconhece que, freqüentemente, ela estará a serviço de interesses poderosos, e não da justiça ou da razão. Mas ainda assim ela significa um avanço histórico: fruto do debate político, a lei representa a desper- sonalização do poder e a institucionalização da vontade política. O tempo das negações absolutas passou. Não existe compromisso com o outro sem a lei[18]. É preciso, portanto, explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível. A liberdade de que o pensamento intelectual desfruta hoje impõe compromissos tanto com a legalidade democrática como com a conscientização e a emancipação. Não há, no particular, nem

incompatibilidade nem exclusão.

III ASCENSÃO E DECADÊNCIA DO JUSNATURALISMO[19]

O termo "jusnaturalismo" identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural. Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal. Tal crença contrapõe-se a outra corrente filosófica de influência marcante, o positivismo jurídico, que será examinado mais à frente.

O rótulo genérico do jusnaturalismo tem sido aplicado a fases históricas diversas e a conteúdos heterogêneos, que remontam à Antigüidade Clássica[20]

17 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, art. 6[2]: "A lei é a expressão da vontade geral institucionalizada".

18 Luis Alberto Warat, O outro lado da dogmática jurídica, in Leonel Severo Rocha (org.), Teoria do Direito e do Estado, 1994, p. 83-85.

19 Sobre jusnaturalismo, v. Norberto Bobbio, Locke e o direito natural, 1998, e Giusnaturalismo e positivismo giuridico, 1965; Guido Fassò, Jusnaturalismo, in Norberto Bobbio, Nicola Matteuc- ci e Gianfranco Pasquino, Dicionário de política, 1998; Hans Kelsen, A justiça e o direito natural, 1963; Ana Paula de Barcellos, As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais, Revista Forense, 351:10, 2000; Viviane Nunes Araújo Lima, A saga do zangão: uma visão sobre o direito natural, 1999; Noel Struchiner, Algumas "proposições fulcrais" acerca do direito: o debate jusnaturalismo vs. juspositivismo, in Antônio Cavalcanti et al. (org.), Perpectivas atuais da filosofia do direito, 2005; George Christie e Patrick Martin, Jurisprudence: text and readings on the philosophy of law, 1995, p. 118-390.

20 O jusnaturalismo tem sua origem associada à cultura grega, na qual Platão já se referia a uma justiça inata, universal e necessária. Coube a Cícero sua divulgação em Roma, em passagem célebre de seu Da república, que teve forte influência no pensamento cristão e na

e chegam aos dias de hoje, passando por densa e complexa elaboração ao longo da Idade Média[21]. A despeito das múltiplas variantes, o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão. O direito natural moderno começa a formar-se a partir do século XVI, procurando superar o dog- matismo medieval e escapar do ambiente teológico em que se desenvolveu. A ênfase na natureza e na razão humanas, e não mais na origem divina, é um dos marcos da fdade Moderna

e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII[22].

A modernidade, que se iniciara no século XVI, com a reforma protestante, a formação dos Estados nacionais e a chegada dos europeus à América, desenvolve-se em um ambiente cultural não mais integralmente submisso à teologia cristã. Desenvolvem-se os ideais de conhecimento e de liberdade, no início de seu confronto com o absolutismo. O jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do Direito e associa-se ao iluminismo[23] na crítica à tradição anterior,

doutrina medieval: "A razão reta, conforme à natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem (...). Essa lei não pode ser contestada, nem derrogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo senado (...). Não é uma lei em Roma e outra em Atenas, - uma antes e outra depois, mas uma, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos; uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar a si mesmo..." (Cícero, Da república, Ediouro, s.d., p. 100).

21 Santo Tomás de Aquino (1225-1274) desenvolveu o mais influente sistema filosófico e teológico da Idade Média, o tomismo, demarcando fronteiras entre a fé e a razão. Pregando ser a lei um ato de razão, e não de vontade, distinguiu quatro espécies de leis: uma lei eterna, uma lei natural, uma lei positiva humana e uma lei positiva divina. Sua principal obra foi a Summa teologica. Sobre o contexto histórico de Tomás de Aquino, v. José Reinaldo de Lima Lopes, O direito na história, 2000, p. 144 e s.

22 O surgimento do jusnaturalismo moderno é usualmente associado à doutrina de Hugo Grócio (1583-1645), exposta em sua obra clássica De iure belli acpacis, de 1625, considerada, também, precursora do direito internacional. Ao difundir a idéia de direito natural como aquele que poderia ser reconhecido como válido por todos os povos, porque fundado na razão, Grócio desvincula-o não só da vontade de Deus, como de sua própria existência. Vejam-se: Bobbio, Matteucci e Pasquino, Dicionário de política, 1986, p. 657; e Ana Paula de Barcellos, As relações da filosofia do Direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais, Revista Forense, 351:3, 2000, p. 8-9.

23 Iluminismo designa a revolução intelectual que se operou na Europa, especialmente na França, no século XVIII. O movimento representou o ápice das transformações iniciadas no século XIV, com o Renascimento. O antropocentrismo e o individualismo renascentistas, ao incentivarem a investigação científica, levaram à gradativa separação entre o campo da fé (religião) e o da razão (ciência), determinando profundas transformações no modo de pensar e de agir do homem. Para os iluministas, somente através da razão o homem poderia alcançar o conhecimento, a convivência harmoniosa em sociedade, a liberdade

individual e a felici

dando substrato jurídico-filosófico às duas grandes conquistas do mundo moderno: a tolerância religiosa e a limitação ao poder do Estado. A burguesia articula sua chegada ao poder.

A crença de que o homem possui direitos naturais, vale dizer, um espaço de integridade e de liberdade a ser obrigatoriamente preservado e respeitado pelo próprio Estado, foi o combustível das revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas de cunho individualista que enfrentaram a monarquia absoluta. A Revolução Francesa e sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789)[24] e, anteriormente, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776)[25] estão impregnadas de idéias jusnaturalistas, sob a influência marcante de John Locke[26], autor emblemático dessa corrente filosófica e do pensamento contratualista, no qual foi antecedido por Hobbes[27] e sucedido por Rousseau[28]. Sem embargo da precedência histórica dos ingleses, cuja Revolução Gloriosa foi concluída em 1689, o Estado liberal ficou associado a esses eventos e a essa fase da história da humanidade[29]. O constitucionalismo moderno inicia sua trajetória.

dade. Ao propor a reorganização da sociedade com uma política centrada no homem, sobretudo no sentido de lhe garantir a liberdade, a filosofia iluminista defendia a causa burguesa contra o Antigo Regime. Alguns nomes que merecem destaque na filosofia e na ciência política: Descartes, Locke, Montesquieu, Voltaire e Rousseau.

24 O Preâmbulo da Declaração afirma que ela contém os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, tendo o art. 2[2] a seguinte dicção: "Artigo 2[2] O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão".

25 Da Declaração, redigida por Thomas Jefferson, constam referências às leis da natureza e ao Deus da natureza, e a seguinte passagem: "Sustentamos que estas verdades são evidentes, que todos os homens foram criados iguais, que foram dotados por seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre eles estão a Vida, a Liberdade e a Busca da Felicidade".

26 Autor dos Dois tratados sobre o governo civil, 1689-1690, e do Ensaio sobre o entendimento humano, 1690. Vejam-se John Locke, Second treatise of government, 1980, e Ensaio acerca do entendimento humano, 1990.

27 Thomas Hobbes, Leviathan, 1985 (a l-edição da obra é de 1651).

28 Jean-Jacques Rousseau, O contrato social, s.d. (a lª edição de Du contraí social é de 1762).

29 Em seu magnífico estudo On revolution, 1987 (1- ed. 1963), Hannah Arendt comenta o fato intrigante de que foi a Revolução Francesa, e não a Inglesa ou a Americana, que correu mundo e simbolizou a divisão da história da humanidade em antes e depois. Escreveu ela: "A 'Revolução Gloriosa', evento pelo qual o termo (revolução), paradoxalmente, encontrou seu lugar definitivo na linguagem política e histórica, não foi vista como uma revolução, mas como uma restauração do poder monárquico aos seus direitos pretéritos e à sua glória. (...) Foi a Revolução Francesa e não a Americana que colocou fogo no mundo. (...) A triste verdade na matéria é que a Revolução Francesa, que terminou em desastre, entrou para a história do mundo, enquanto a Revolução Americana, com seu triunfante sucesso, permaneceu como um evento de importância pouco mais que local" (p. 43, 55-56).

O jusnaturalismo racionalista esteve uma vez mais ao lado do iluminismo no movimento de codificação do Direito, no século XVIII, cuja maior realização foi o Código Civil francês - o Código Napoleônico -, que entrou em vigor em 1804. Em busca de clareza, unidade e simplificação, incorporou-se à tradição jurídica romano-germânica a elaboração de códigos, isto é, documentos legislativos que agrupam e organizam sistematicamente as normas em torno de determinado objeto. Completada a revolução burguesa, o direito natural viu-se "domesticado e ensinado dogmaticamente"[30]. A técnica de codificação tende a promover a identificação entre Direito e lei. A Escola da Exegese, por sua vez, irá impor o apego ao texto e à interpretação gramatical e histórica, cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra[31].

O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica[32]. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos[33]. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.

30 José Reinaldo de Lima Lopes, 0 Direito na história, 2000, p. 188.

31 Sobre codificação. Escola da Exegese e fetichismo da lei, vejam-se: Gustavo Tepedino, O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, in Gustavo Tepedino (org.), Problemas de direito civil-constitucional, 2000; Maria Celina Bodin de Moraes, Constituição e direito civil: tendências, in

Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados, 1999.

32 Bobbio, Matteucci e Pasquino, Dicionário de política, 1986, p. 659: "Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo".

33 Ana Paula de Barcellos, As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais, Revista Forense, 351:5, 2000, p. 10: "Em fins do século XVIII e início do século XIX, com a instalação do Estado Liberal e todo o seu aparato jurídico (constituição escrita, igualdade formal, princípio da legalidade etc.), o direito natural conheceria seu momento áureo na história moderna do direito. As idéias desenvolvidas no âmbito da filosofia ocidental haviam se incorporado de uma forma sem precedentes à realidade jurídica. Talvez por isso mesmo, tendo absorvido os elementos propostos pela reflexão filosófica, o direito haja presumido demais de si mesmo, considerando que podia agora prescindir dela. De fato, curiosamente, a seqüência histórica reservaria para o pensamento jusfilosófico não apenas um novo nome - filosofia do direito - como também mais de um século de ostracismo".

IV ASCENSÃO E DECADÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO[34]

O positivismo filosófico foi fruto de uma idealização do conhecimento científico, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana. O homem chegara à sua maioridade racional e tudo passara a ser ciência: o único conhecimento válido, a única moral, até mesmo a única religião. O universo, conforme divulgado por Galileu, teria uma linguagem matemática, integrando-se a um sistema de leis a serem descobertas, e os métodos válidos nas ciências da natureza deviam ser estendidos às ciências sociais[35].

As teses fundamentais do positivismo filosófico, em síntese simplificadora, podem ser assim expressas:

(i) a ciência é 0 único conhecimento verdadeiro, depurado de indagações teológicas ou metafísicas, que especulam acerca de causas e princípios abstratos, insuscetíveis de demonstração;

(ii) o conhecimento científico é objetivo; funda-se na distinção entre sujeito e objeto e no método descritivo, para que seja preservado de opiniões, preferências ou preconceitos;

(iii) o método científico empregado nas ciências naturais, baseado na observação e na experimentação, deve ser estendido a todos os campos de conhecimento, inclusive às ciências sociais.

O positivismo jurídico aplica os fundamentos do positivismo

filosófico no mundo do Direito, na pretensão de criar uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica,

34 Hans Kelsen, Teoria pura do Direito, 1979; H. L. A. Hart, The concept of law, 1988; George Christie e Patrick Martin, Jurisprudence: text and readings on the philosophy of law, 1995, p. 392-724; Norberto Bobbio, 0 positivismo jurídico, 1995; Bobbio, Matteucci e Pasquino, Dicionário de política, 1986; Nicola Abbagnano, Dicionário de filosofia, 1998; Giorgio dei Vecchio, Filosofia dei Derecho, 1991; José Reinaldo de Lima Lopes, O Direito na história, 2000; Antonio M. Hespanha, Panorama histórico da cultura jurídica europeia, 1977; Nelson Saldanha, Filosofia do Direito, 1998; Bertrand Russell, História do pensamento ocidental, 2001; Vladímir Tumánov, O pensamento jurídico burguês contemporâneo, 1984; Margarida Maria Lacombe Camargo, Hermenêutica e argumentação, 1999; Ana Paula de Barcellos, As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais, Revista Forense, 3513, 2000.

35 Em sentido amplo, o termo "positivismo" designa a crença ambiciosa na ciência e nos seus métodos. Em sentido estrito, identifica o pensamento de Auguste Comte, que em seu Curso de filosofia positiva (seis volumes escritos entre 1830 e 1842), desenvolveu a denominada lei dos três estados, segundo a qual o conhecimento humano havia atravessado três estágios históricos: o teológico, o metafísico e ingressara no estágio positivo ou científico.

com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentes. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade[36]. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.

O positivismo comportou algumas variações[37] e, no mundo romano-ger- mânico, teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen[38]. Correndo o risco das simplificações redutoras, é possível apontar algumas características essenciais do positivismo jurídico:

(i) a aproximação quase plena entre Direito e norma;

(ii) a afirmação da estatalidade do Direito: a ordem jurídica é una e emana do Estado;

(iii) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexis- tindo lacunas que não possam ser supridas a partir de elementos do próprio sistema;

(iv) o formalismo: a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independendo do conteúdo.

Também aqui se insere o dogma da subsunção[39], herdado do formalismo alemão.

36 Norberto Bobbio, Positivismo jurídico, 1995, p. 135, onde se acrescenta: "A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e consequentemente contrários à exigência da objetividade". Pouco mais à frente, o grande mestre italiano, defensor do que denominou "positivismo moderado", desenvolve a distinção, de matriz kelseniana, entre validade e valor do Direito.

37 Antonio M. Hespanha, Panorama histórico da cultura jurídica europeia, 1977, p. 174-175: "(...) As várias escolas entenderam de forma diversa o que fossem 'coisas positivas'. Para uns, positiva era apenas a lei (positivismo legalista). Para outros, positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo (positivismo histórico). Positivo era também o seu estudo de acordo com as regras das novas ciências da sociedade, surgidas na segunda metade do século XIX (positivismo sociológico, naturalismo). Finalmente, para outros, positivos eram os conceitos jurídicos genéricos e abstratos, rigorosamente construídos e concate- nados, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva (positivismo conceituai)".

38 A obra prima de Kelsen foi a Teoria pura do Direito, cuja primeira edição data de 1934 - embora seus primeiros trabalhos remontassem a 1911 -, havendo sido publicada uma segunda edição em 1960, incorporando alguns conceitos novos.

39 A aplicação do Direito consistiria em um processo lógico-dedutivo de submissão à lei (premissa maior) da relação de fato (premissa menor), produzindo uma conclusão natural e óbvia, meramente declarada pelo intérprete, que não desempenharia qualquer papel criativo.

O positivismo tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria jurídica empenhava-se no desenvolvimento de idéias e de conceitos dogmáticos, em busca da cientificidade anunciada. O Direito re- duzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência[40]. Com o tempo, o positivismo sujeitou-se à crítica crescente e severa, vinda de diversas procedências, até sofrer dramática derrota histórica. A troca do ideal racionalista de justiça pela ambição positivista de certeza jurídica custou caro à humanidade.

Conceitualmente, jamais foi possível a transposição totalmente satisfatória dos métodos das ciências naturais para a área de humanidades. O Direito, ao contrário de outros domínios, não tem nem pode ter uma postura puramente descritiva da realidade, voltada para relatar o que existe. Cabe-lhe prescrever um dever-ser e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um dado, mas uma criação. A

relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo - isto é, entre o intérprete, a norma e a realidade - é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de se realizar.

O positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas acabou se convertendo em uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter-se tornado não apenas um modo de entender o Direito, mas também de querer o Direito[41]. Em diferentes partes do mundo, o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autori- tarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.

Como visto anteriormente, essa concepção não tem a adesão de Hans Kelsen. Ao contrário, Kelsen critica acidamente a posição de Carl Schmitt, que defende a subsunção como método legítimo de interpretação jurídica, justamente para negar legitimidade à jurisdição constitucional. Nesse sentido, v. Hans Kelsen, Quem deve ser o guardião da Constituição, texto originalmente publicado em 1930, em Jurisdição constitucional, 2003, p. 257-258: "Para não permitir que a jurisdição constitucional valha como jurisdição, para poder caracterizá-la como legislação, Schmitt apoia-se numa concepção da relação entre essas duas funções que acreditávamos até então poder considerar-se há muito obsoleta. Trata-se da concepção segundo a qual a decisão judicial já está contida pronta na lei, sendo apenas 'deduzida' desta através de uma operação lógica: a jurisdição como automatismo jurídico".

40 Vladímir Tumánov, O pensamento jurídico burguês contemporâneo, 1984, p. 141.

41 Norberto Bobbio, O positivismo jurídico, 1995, p. 223-224. V. também Michael Lõwy, Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista, 1996, p. 40: "O positivismo, que se apresenta como ciência livre de juízos de valor, neutra, rigorosamente científica, (...) acaba tendo uma função política e ideológica".

Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século[42], a decadência do positivismo é emblematicamen- te associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Até mesmo a segregação da comunidade judaica, na Alemanha, teve início com as chamadas leis raciais, regularmente editadas e publicadas. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha

aceitação no pensamento esclarecido.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas idéias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais[43] e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica. No capítulo seguinte abre-se um tópico para o estudo dessa nova filosofia do Direito, que tem influenciado de maneira decisiva a produção acadêmica e jurisprudencial dos últimos tempos.

42 Como, por exemplo, a jurisprudência dos interesses, encabeçada por Ihering, e o movimento pelo direito livre, no qual se destacou Ehrlich.

43 Sobre o tema, vejam-se: Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 2007, p. 573 e s.; Antônio Augusto Cançado Trindade, A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos, 1991; Ingo Wolfgang Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, 1998; Flávia Piovesan, Temas de direitos humanos, 1998; Ricardo Lobo Torres (org.), Teoria dos direitos fundamentais, 1999; Willis Santiago Guerra Filho, Processo constitucional e direitos fundamentais, 1999; e Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais, 2000.

TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Sumário: I - A formação do Estado constitucional de direito. II - Marco histórico: pós-guerra e redemocratização. III - Marco filosófico: a construção do pós-positivismo. 1. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade. IV - Marco teórico: três mudanças de paradigma. 1. A força normativa da Constituição. 2. A expansão da jurisdição constitucional. 3. A reelaboração doutrinária da interpretação constitucional. 4. Um novo modelo.

A FORMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

O Estado de direito se consolida na Europa ao longo do século XIX, com a adoçãq ampla do modelo tornado universal pela Revolução Francesa: separação de Podeíes e proteção dos direitos individuais[1]. Na fase imediatamente anterior, prevalecia a configuração pré-moderna do Estado, fundada em premissas teóricas e em fatores reais diversos. E, na seqüência histórica do Estado de direito tradicional, já na segunda metade

do século XX, desenhou-se uma nova formatação estatal, sob o signo das Constituições normativas. É possível identificar, assim, ao longo dos últimos quinhentos anos, três modelos institucionais diversos: o Estado pré-moderno, o Estado legislativo de direito e o Estado constitucional de direito. Em cada um desses períodos, reservou-se para o Direito, para a ciência jurídica e para a jurisprudência um papel específico[2].

1 Estado de direito expressa a idéia de supremacia da lei - "governo de leis e não de homens", na formulação clássica -, estando subentendido: a) a submissão da Administração (e dos particulares, naturalmente) à ordem jurídica; e b) a interpretação e aplicação do Direito por juizes independentes. Como assinala Zagrebelsky, a expressão "Estado de direito" traz em si um valor e uma direção. O valor é a eliminação da arbitrariedade na relação da Administração com os indivíduos; a direção é a inversão da relação entre poder e Direito, que deixa de ser, como no Estado absolutista e no Estado de polícia, o rei faz a lei - rexfacit legem - e passa a ser lexfacit regem. Na visualização histórica do autor italiano, até chegar ao Estado constitucional da atualidade, caracterizado pela subordinação da lei à Constituição, o Estado foi absolutista no século XVII, foi de polícia ou do despotismo esclarecido no século XVIII, e de direito no século XIX. V. Gustavo Zagrebelsky, El derecho dúctik ley, derechos, justicia, 2005, p. 21-41.

2 Sobre o tema, funcionando como fio condutor das idéias desse tópico, v. Luigi Ferrajoli, Pasado y futuro dei Estado de derecho, in Miguel Carbonell (org.), Neoconstitucionalismo(s), 2003. V. tb. Vital Moreira, O futuro da Constituição, in Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, 2001; e Gustavo Zagrebelsky, El derecho dúctil: ley, derechos, justicia, 2005. Para uma valiosa análise da evolução do Estado sob a ótica fiscal, v. Ricardo Lobo Torres, A idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal, 1991.

CAPITULO I

I

O Estado pré-moderno, anterior à consagração da legalidade, caracterizava-se pela pluralidade de fontes normativas, pela tradição romanística de produção jurídica e pela natureza jusnaturalista de sua fundamentação. Doutrina, e jurisprudência desempenhavam um papel criativo do Direito e, como conseqüência, também normativo[3]. O Estado legislativo de direito, por sua vez, assentou-se sobre o monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da legalidade[4]. A norma legislada converte-se em fator de unidade e estabilidade do Direito, cuja justificação passa a ser de natureza positivista. A partir daí, a doutrina irá desempenhar um papel predominantemente descritivo das normas em vigor. E a jurisprudência se torna, antes e acima de tudo, uma função técnica de conhecimento, e não de produção do Direito[5].

O Estado constitucional de direito desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do

século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais que isso:

3 No Estado pré-moderno, a formação do Direito não era legislativa, mas jurisprudencial e doutrinária. Não havia um sistema unitário e formal de fontes, mas uma multiplicidade de ordenamentos, provenientes de instituições concorrentes: o Império, a Igreja, o Príncipe, os feudos, os municípios e as corporações. O direito "comum" era assegurado pelo desenvolvimento e atualização da velha tradição romanística e tinha sua validade fundada na intrínseca racionalidade ou na justiça de seu conteúdo. Ventas, non auctoritas facit legem é a fórmula que expressa o fundamento jusnaturalista de validade do direito pré-moderno. V. Luigi Ferrajoli, Pasado y futuro dei Estado de derecho, in Miguel Carbonell (org.), Neoconstitucionalismo(s), 2003, p. 14-1

4 A lei é vista como a expressão da vontade geral, na formulação de Jean-Jacques Rousseau acolhida no art. 6- da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Io legislador, assim, é tido como infalível e sua atuação como insuscetível de controle. Na coSçtru^ãa do "Estado legal" ou legislativo, é a lei que está no centro do ordenamento jurídico. "Le 'legicentrisme' est la doctrine dominante jusqu'aprés la seconde guerre mondiale, non seulement en France mais aussi en Europe", como anota Louis Favoreu, La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958, disponível em: www.conseil-constitutionnel.fr; acesso em: 26.7.2005.

5 O Estado de direito moderno, assinala ainda Ferrajoli, nasce sob a forma de Estado legislativo de direito. Graças ao princípio da legalidade e às codificações que lhe deram realização, uma norma jurídica não é válida por ser justa, mas por haver sido "posta" por uma autoridade dotada de competência normativa. Auctoritas, non veritas facit legem: este é o princípio convencional do positivismo jurídico. Com a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito existente, a ciência jurídica deixa de ser uma ciência imediatamente normativa para converter-se em uma disciplina cognoscitiva, explicativa do Direito positivo, autônomo e separado em relação a ela. A jurisdição, por sua vez, deixa de ser produção jurisprudencial do Direito e se submete à lei como única fonte de legitimação. V. Luigi Ferrajoli, Pasado y futuro dei Estado de derecho, in Miguel Carbonell (org.), Neoconstitucionalismo(s), 2003, p. 14-17. V. ainda: Pedro H. Villas Boas Castelo Branco, Auctoritas non veritas facit legem, in Antonio Cavalcanti Maia et al. (orgs.), Perspectivas atuais da filosofia do Direito, 2005.

a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou

administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição.

Nesse ambiente é que se verificaram as múltiplas transformações que serão aqui relatadas. Nos três tópicos que se seguem, empreende-se o esforço de reconstituir, de maneira objetiva, a trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico. Neles estão contidas as idéias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse jjgríõdo, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral, especialmente nos países que seguem a tradição romano-germânica.

II MARCO HISTÓRICO: PÓS-GUERRA E REDEMOCRATIZAÇÃO

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A seguir, breve exposição sobre cada um desses processos.

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a Segunda Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria[6].

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional na Europa foi a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã[7]), de 1949,

6 Conceda-se ao lugar comum da citação de Shakespeare, Romeu e Julieta, 2- ato: "O que há em um nome? Aquilo que chamamos rosa, tivesse qualquer outro nome, teria o mesmo perfume" (tradução livre do original: "What's in a name? That which we call a rose, by any other name would smell as sweet").

7 A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de "Lei Fundamental", que sublinhava seu caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição.

sobretudo após a instalação do Tribunal Constitucional Federal, ocorrida em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconsti- tucionalização de Portugal (1976) e da

Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. Esse novo constitucionalismo europeu caracterizou-se pelo reconhecimento de força normativa às normas constitucionais, rompendo com a tradição de se tomar a Constituição como documento antes político que jurídico, subordinado às circunstâncias do Parlamento e da Administração.

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.

Mais do que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por impeachment um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes sobre esquemas de financiamento eleitoral irregular e vantagens indevidas para parlamentares, em meio a outros episódios conturbados. Em nenhum desses eventos cogitou-se de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso[8].

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas

A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990 foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da AlemamiaJRrA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 3 de outubro de 1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha.

8 V. Luís Roberto Barroso, Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso, in Temas de direito constitucional, 2002, t. I.

e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional áo pais é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas rçal e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se mantinha em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a

indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

III MARCO FILOSÓFICO: A CONSTRUÇÃO DO PÓS- - POSITIVISMO

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente com- plementares. A quadra atual é assinalada pela superação - ou, talvez, sublima- ção - dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo[9].

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. O positivismo, por sua vez, em busca de objetividade científica, equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimi

9 Autores pioneiros nesse debate foram: John Rawls, A theory of justice, 1980; Ronald Dworkin, Taking rights seriously, 1977; Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, 1997 (Iª ed. alemã 1986). Sobre o tema, vejam-se também: Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, 2000 (Iâ ed. 1995); Gustavo Zagrebelsky, El derecho dúctil: ley, derechos, justicia, 2005 (Iª ed. 1992); Ernesto Gar- zón Valdés e Francisco J. Laporta, El derechoyla justicia, 2000 (Iª ed. 1996). No Brasil, vejam-se: Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 2004; Ricardo Lobo Torres, Teoria dos direitos fundamentais, 1999; Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo, Revista Forense, 358:91, 2001; Antonio Carlos Diniz e Antônio Carlos Cavalcanti Maia, Pós-positivismo, in Vicente Barreto (org.), Dicionário de filosofia do Direito, 2006; Thomas da Rosa Bustamante, Pós- -positivismo: o argumento da injustiça além da fórmula de Radbruch, Revista de Direito do Estado, 4.1999, 2006. A propósito do sentido do termo, v. a pertinente observação de Albert Cal- samiglia, Postpositivismo, Doxa, 21:209, 1998, p. 209: "En un cierto sentido la teoria jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las ensenanzas dei positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominará postpositivistas a las teorias contemporâneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación dei derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política".

dade e justiça, e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Como já assinalado, sua decadência é

emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da Segunda Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito, inicialmente sob a forma de um ensaio de retorno ao Direito natural, depois na roupagem mais sofisticada do pós-positivismo[10].

Como conseqüência, a partir da segunda metade do século XX, o Direito deixou de caber integralmente no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstru- ção, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e de legitimidade.

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente. Se é inegável a articulação complementar entre eles, a tese da separação, que é central ao positivismo e que dominou o pensamento jurídico por muitas décadas, rende tributo a uma hipocrisia[11].

10 O chamado retorno aos valores apresenta como marco o final da Segunda Guerra Mundial e a percepção de que o formalismo da teoria positivista constituía um modelo insuficiente para a construção de uma ordem jurídica aceitável, prestando-se ao fornecimento de uma roupagem legal a regimes bárbaros. O ímpeto da reação inicial levou a uma reaproximação com o jusnaturalismo, defendido expressamente por Radbruch por ocasião de sua reintegração à vida acadêmica alemã, após a derrota do nazismo. A obra seminal de Rawls - Uma teoria da justiça, de 1971 - abre caminho para a ascensão do pós-positivismo, por meio da revalorização da razão prática e da inserção dos princípios de justiça no interior da ordem jurídica. Trata-se da chamada virada kantiana, marco da ascensão do pós-positivismo, comentado com mais detalhe na seqüência.

11 Sobre a formatação teórica do pós-positivismo, v. Antonio Carlos Diniz e Antônio Carlos Cavalcanti Maia, Pós-positivismo, in Vicente Barreto (org.), Dicionário de filosofia do Direito, 2006, p. 650-651: "Suprimida a rígida clivagem entre direito e moral, baluarte do positivismo jurídico até a obra de Hart, caminhamos a passos largos rumo a uma Teoria

do Direito nor

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática[12], na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a

mativa, fortemente conectada com a Filosofia política e a Filosofia moral". Para esses autores, cinco aspectos podem ser destacados no quadro teórico pós-positivista: a) o deslocamento de agenda (que passa a incluir temas como os princípios gerais do Direito, a argumentação jurídica e a reflexão sobre o papel da hermenêutica jurídica); b) a importância dos casos difíceis; c) o abrandamento da dicotomia descrição/prescrição; d) a busca de um lugar teórico para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico; e) o papel dos princípios na resolução dos casos difíceis. V. tb. Cláudio Pereira de Souza Neto, Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática, 2002: "Assim é que o paradigma pós-positivista, 1) no campo da teoria da norma constitucional, enfatiza, de forma mais ou menos homogênea, a) a presença dos princípios no ordenamento constitucional, e não só das regras jurídicas, b) a estrutura aberta e fragmentada da constituição; 2) no campo da teoria da decisão, investe na a) reinserção da razão prática na metodologia jurídica, rejeitando a perspectiva positivista de que somente a observação pode ser racional, b) propõe uma racionalidade dialógica, centrada não no sujeito, mas no processo argumentativo, que c) vincula a correção das decisões judiciais ao teste do debate público".

12 O termo ficou indissociavelmente ligado à obra de Kant, notadamente à Fundamentação da metafísica dos costumes, de 1785, e à Crítica da razão prática, de 1788. De forma sumária e simplificadora, a razão prática cuida da fundamentação racional - mas não matemática - de princípios de moralidade e justiça, opondo-se à razão cientificista, que enxerga nesse discurso a mera formulação de opiniões pessoais insuscetíveis de controle. De forma um pouco mais analítica: trata-se de um uso da razão voltado para o estabelecimento de padrões racionais para a ação humana. A razão prática é concebida em contraste com a razão teórica. Um uso teórico da razão caracteriza-se pelo conhecimento de objetos, não pela criação de normas. O positivismo só acreditava na possibilidade da razão teórica. Por isso, as teorias positivistas do Direito entendiam ser papel da ciência do Direito apenas descrever o Direito tal qual posto pelo Estado, não justificar normas, operação que não seria

passível de racionalização metodológica. É por isso que, por exemplo, para Kelsen, não caberia à ciência do Direito dizer qual a melhor interpretação dentre as que são facultadas por determinado texto normativo. Tal atividade exibiria natureza eminentemente política, e sempre demandaria uma escolha não passível de justificação em termos racionais. O pós-positivismo, ao reabilitar o uso prático da razão na metodologia jurídica, propõe justamente a possibilidade de se definir racionalmente a norma do caso concreto através de artifícios racionais construtivos, que não se limitam à mera atividade de conhecer textos normativos. (N.A.: esta nota se beneficiou de aportes teóricos trazidos por Eduardo Mendonça e Cláudio Pereira de Souza Neto.)

dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética[13].

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação de Poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como o da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade. Por sua importância e alcance prático na atualidade jurídica, faz-se breve registro acerca de cada um deles.

1 O princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é a idéia que informa, na filosofia, o imperativo categórico kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais[14]. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade[15]. Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter.

13 V. Ricardo Lobo Torres, Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários, 2005, p. 41: "De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de 'virada kantiana' (kantische Wende), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética

e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro A Theory of Justice de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas idéias".

14 V. Immanuel Kant, Fundamentação àmetafisica dos costumes, 2005 (edição original de 1785). V. tb. Ted Honderich (editor), The Oxford companion to philosophy, 1995, p. 589; Ricardo Lobo Torres, Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários, 2005; e Ricardo Terra, Kant e o Direito, 2005.

15 Immanuel Kant, Fundamentação à metafísica dos costumes, 2005, p. 77-78: "No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em

A transposição do princípio da dignidade da pessoa humana dos planos religioso e ético para o domínio do Direito não é uma tarefa singela. Logo após a Segunda Guerra Mundial, passou ele a figurar em documentos internacionais, como a Declaração dos Direitos Humanos (1948), e em Constituições como a italiana (1947), a alemã (1949), a portuguesa (1976) e a espanhola (1978). Na Constituição brasileira de 1988 vem previsto no art. I2, III, como um dos fundamentos da República. A dignidade da pessoa humana está na origem dos direitos materialmente fundamentais e representa o núcleo essencial de cada um deles, assim os individuais como os políticos e os sociais16. O princípio tem sido objeto, no Brasil e no mundo, de intensa elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer os contornos de uma objetividade possível, apta a prover racionalidade e controlabilidade à sua utilização nas decisões judiciais17.

vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. (...) Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade". Explicitando o pensamento de Kant, com remissão a B. Freitag, averbou Maria Celina Bodin de Moraes, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), Constituição, direitos fundamentais e direito privado, 2003: "De acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (preis) e a dignidade (Würden). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade".

16 Sobre o tema, vejam-se Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002, e Ponderação, racionalidade e atividade judicial, 2005; Ingo Sarlet, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, 2004; José Afonso da

Silva, Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, Revista de Direito Administrativo, 212:89, 1998; Carmen Lúcia Antunes Rocha, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, Revista Interesse Público, 4:2, 1999. Vejam-se dois excertos representativos do entendimento dominante: José Carlos Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa, 1998, p. 102: "[O] princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais"; e Daniel Sarmento, A ponderação de interesses na Constituição brasileira, 2000, p. 59-60: "O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado".

17 A partir do final da década de 90, a produção nacional passou a voltar-se para o tema. Confiram-se alguns trabalhos representativos: José Afonso da Silva, Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, Revista de Direito Administrativo, 212:89, 1998; Carmen Lúcia Antunes Rocha, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, in Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 1999; Ingo Wolfgang

O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo[18]. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar[19].

Sarlet, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988, 2001; Cleber Francisco Alves, O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, 2001; Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2001; Maria Celina Bodin de Moraes, O conceito de dignidade humana; substrato axiológico e conteúdo normativo, in Ingo Wolfgang Sarlet, Constituição, direitos fundamentais e direito privado, 2003. Em texto escrito no início da década de 90, quando algumas decisões do Supremo Tribunal Federal ameaçavam a força normativa e a efetividade da Constituição, manifestei ceticismo em relação à utilidade do princípio da dignidade da pessoa humana na concretização dos direitos fundamentais, devido à sua baixa densidade jurídica (Princípios

constitucionais brasileiros ou de como o papel aceita tudo, Revista Trimestral de Direito Público, 1.-168, 1993). Essa manifestação foi datada e representava uma reação à repetição de erros passados. A Carta de 1988, todavia, impôs-se como uma Constituição normativa, dando ao princípio, hoje, uma potencialidade que nele não se vislumbrava naquele momento.

18 O Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, inicia-se com as seguintes constatações: "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem da liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum (...)".

19 Em seu Is democracy possible here?, 2006, p. 9 e s., Ronald Dworkin explora duas dimensões da dignidade humana, que identifica como dois princípios: a) o do intrínseco valor da vida humana, segundo o qual o sucesso ou o fracasso da existência de uma pessoa não interessa só a ela, mas a todas as pessoas, sendo um valor objetivo a ser compatilhado por todos (visão que é uma variação da idéia kantiana de que cada indivíduo é um fim em si mesmo); b) o da responsabilidade pessoal, pelo qual cada pessoa é responsável por sua própria vida, cabendo-lhe fazer suas escolhas existenciais e eleger os valores que irão guiá-la, sem imposições de quem quer que seja (o que, naturalmente, não exclui a adesão voluntária a uma filosofia religiosa ou mesmo secular). Em suas palavras: "Estas duas dimensões da dignidade, como se intui, refletem dois valores políticos importantes na teoria política ocidental. A primeira dimensão parece uma invocação abstrata do ideal de igualdade e a segunda, do de liberdade. (...) Eu não aceito o alegado conflito entre igualdade e liberdade; Eu creio, justo ao contrário, que as comunidades políticas devem encontrar uma compreensão de cada uma dessas virtudes que demonstre serem elas compatíveis e, mais que isso, complementares, sendo cada uma um aspecto da outra".

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do mínimo existenciaP", locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas

para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos: renda mínima[21], saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos[22].

A doutrina civilista, por sua vez, extrai do princípio da dignidade da pessoa humana os denominados direitos da personalidade, reconhecidos a todos os seres humanos e oponíveis aos demais indivíduos e ao Estado[23]. Sob essa

20 Sobre o tema, v. Ricardo Lobo Torres, A cidadania multidimensional na era dos direitos, in Ricardo Lobo Torres (org.). Teoria dos direitos fundamentais, 1999. Veja-se, também, para uma interessante variação em torno dessa questão, Luiz Edson Fachin, Estatuto jurídico do patrimônio mínimo, 2001, Nota Prévia: "A presente tese defende a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores".

21 Faz-se referência a um mínimo de recursos financeiros relacionado à manutenção das necessidades básicas, como alimentação, moradia e vestuário. A forma de se garantir esse mínimo fica em aberto, não se tratando de adesão às propostas de concessão de prestações pecuniárias incondicionais a todos os cidadãos ou mesmo àqueles que se encontrem abaixo de determinado patamar social. Para uma interessante reflexão sobre duas dessas propostas, particularmente influentes, v. Erik Olin Wright (editor), Redesigning distribution: basic income and stakeholder grants as cornerstones for an egalitarian capitalism, 2006. V., tb., a resenha dessa obra, feita por Eduardo Mendonça, Redesenhando a distribuição: duas propostas para um capitalismo mais igualitário, Revista de Direito do Estado, 2:167, 2006.

22 Ana Paula de Barcellos, em preciosa dissertação de mestrado - A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana -, assim consignou seu entendimento: "Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça".

23 Os direitos da personalidade vêm expressamente disciplinados no novo Código Civil, dos arts. 11 a 21. Sobre a caracterização de tais direijtos, v. Gustavo Tepedino, Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, in Temas de direito civil, 1998, p.

24 e 33: "Compreendem-se, sob a denominação de direitos de personalidade, os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade. (...)

ótica privatista[24], mas de base constitucional, tais direitos da personalidade, inerentes à dignidade humana, apresentam-se em dois grupos: (i) direitos à integridade física, que englobam o direi to à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (ii) direitos à integridade moral, rubrica sob a qual se abrigam, dentre outros, o direito à honra, à imagem, à privacidade e o direito moral do autor[25]. No plano da integridade física colocam-se questões contemporâneas de grande complexidade e implicações éticas, como as que envolvem transplantes de órgãos, transexualidade e direito à mudança do registro civil, gestação em útero alheio, reprodução assistida etc.[26]. No âmbito da integridade moral trava-se, para citar um exemplo, o controvertido embate entre a invasão da privacidade e o direito à própria imagem, de um lado, e a liberdade de expressão e o direito à informação, de outro[27].

Em síntese sumária, a dignidade da pessoa humana está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, e dela se extrai a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto na sua dimensão física como moral. Ao longo dos anos têm-se avolumado, no Brasil e no exterior[28], decisões e elaborações juris- prudenciais que, aos poucos, vão definindo o perfil jurídico do princípio.

[C]onsiderados como direitos subjetivos privados, os direitos da personalidade possuem, como característicos, no dizer da doutrina brasileira especializada, a generalidade, a extrapatrimonia- lidade, o caráter absoluto, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade".

24 Cristiano Chaves de Farias, Direito civil: teoria geral, 2005, p. 107: "Os direitos da personalidade são estudados sob a ótica do direito privado, considerados como a garantia mínima da pessoa humana para as suas atividades internas e para as sua projeções ou exteriorizações para a sociedade. (...) [EJnquanto os direitos da personalidade são percebidos pela ótica privatista, afirmando a tutela da pessoa humana, as liberdades públicas, descortinadas na esfera pública, correspondem a imposições para assegurar aqueles direitos".

25 V. Orlando Gomes, Introdução ao direito civil, 1996, p. 153; e Gustavo Tepedino, Temas de direito civil, 1998, p. 35. Ao cuidar da expressão jurídica da dignidade humana, Maria Celina Bodin de Moraes extrai dela os seguintes princípios jurídicos: igualdade, integridade física e moral - psicofísica -, liberdade e solidariedade" (Maria Celina Bodin de Moraes, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, in Ingo Wolfgang Sarlet, Constituição, direitos fundamentais e direito privado, 2003, p. 117 e s.).

26 Para um comentário objetivo sobre diversas delas, v. Cristiano Chaves de Farias, Direito civil: teoria geral, 2005, p. 111 e s.

27 Sobre o tema, inclusive para a crítica ao tratamento dado à matéria pelo art. 20 do Código Civil, v. Luís Roberto Barroso, Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação, in Temas de direito constitucional, 2005, t. Dl, p. 79 e s.

28 A jurisprudência brasileira será objeto de referência no capítulo dedicado à nova interpretação constitucional. Merece registro uma decisão emblemática e curiosa do Conselho de Estado francês, proferida no caso conhecido como Morsang-sur-Orge. O Prefeito da cidade de Morsang-sur-Orge interditou a atividade conhecida como lancerde nain (arremesso de anão), atração existente em algumas casas noturnas da região metropolitana de Paris. Consistia ela

2 O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade"

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de idéias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; e (ii) do princípio da proporcionalidade do direito alemão. Na seqüência se reproduz, objetivamente, a trajetória de cada um desses princípios, até a sua confluência no pensamento jurídico brasileiro.

em transformar um anão em projétil, sendo arremessado de um lado para outro de uma discoteca. A casa noturna, tendo como litisconsorte o próprio deficiente físico, recorreu da decisão para o tribunal administrativo, que anulou o ato do Prefeito, por "excès de pouvoir". O Conselho de Estado, todavia, na sua qualidade de mais alta instância administrativa francesa, reformou a decisão, assentando: "Que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l 'ordre public; que l 'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en Vabsence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respet de la dignité de la personne humaine" (Que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública; que a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares, interditar uma atração atentatória à dignidade da pessoa humana). V. Long, Wil, Braibant, Devolvé e Ge- nevois, Le grands arrêts de la jurisprudence administrative, 1996, p. 790 e s. Veja-se, em língua portuguesa, o comentário à decisão elaborado por Joaquim B. Barbosa Gomes, O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa, Seleções Jurídicas ADV, 22:17, 1996.

29 Para uma exposição analítica da matéria, v. Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 2004, p. 218 e s. O tema é versado em todos os tratados e livros de textos de direito constitucional americano. Vejam-se, por todos, Corwin, The Constitution andwhatit means today, 1978; Tribe, American constitutional law, 2000; Nowak, Rotunda e Young, Constitutional law, 2000; Gunther, Constitutional

/ajiv+9^9; Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet, Constitutional law, 1986; Brest e Levinson, Processes ofconstitutional decision making, 1983. De autores americanos, em tradução portuguesa, veiám-se Thomas Cooley, Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América dó Norte, 1982; Bernard Schwartz, Direito constitucional americano, 1966. Entre os autores nacionais, alguns dos primeiros a versarem o tema foram: San Tiago Dantas, Igualdade perante a lei e "due process of law" (contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo), Revista Forense, 116357, 1948; José Alfredo de Oliveira Baracho, Processo e Constituição: o devido processo legal, s.d.; Carlos Roberto de Siqueira Castro, O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, 1989; Ada Pellegrini Grinover, As garantias constitucionais do direito de ação, 1973; Raquel Denize Stumm, Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro, 1995; Suzana Toledo de Barros, 0 princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, 1996; Paulo Armínio Tavares Buechele, O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição, 1999; Fábio Corrêa Souza de Oliveira, Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade, 2003. Também em língua portuguesa, em tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Heinrich Scholler, O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha, Interesse Público, 2:93, 1999.

O princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão. De fato, sua matriz remonta à cláusula law of the land, inscrita na Magna Charta, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Modernamente, sua consagração em texto positivo deu-se através das Emendas 5- e 14^ à Constituição norte-americana, a partir de onde se irradiou como um dos mais ricos fundamentos da jurisprudência da Suprema Corte. Não é o caso de se voltar a percorrer o longo e bem-sucedido itinerário do princípio no direito norte-americano, valendo o registro, no entanto, de que ele atravessou duas fases distintas, resumidas de modo sumário a seguir.

Na primeira fase, a cláusula teve caráter puramente processual (procedural dueprocess), abrigando garantias voltadas, de início, para o processo penal e que incluíam os direitos a citação, ampla defesa, contraditório e recursos. Na segunda fase, o devido processo legal passou a ter um alcance substantivo (substantive due process), por via do qual o Judiciário passou a desempenhar determinados controles de mérito sobre o exercício dé di scri ei o n a r i e d a d e pelo legislador, tornando-se importante instrumento de(defesa dos direitos fundamentais - especialmente da liberdade e da propriedade - em face do poder político. O fundamento de tais controles assentava-se na verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como na aferição da legitimidade dos fins. Por intermédio da cláusula do devido processo legal passou-se a proceder ao exame de razoabilidade

(reasonableness) e de racionalidade (ratio- nality) das leis e dos atos normativos em geral no direito norte-americano[30].

Como visto, a razoabilidade surge, nos Estados Unidos, como um princípio constitucional que servia de parâmetro para o judicial review (controle de constitucionalidade). Na Alemanha, ao revés, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se no âmbito do direito administrativo, funcionando como limitação à discricionariedade administrativa. É natural que lá não tenha surgido como um princípio constitucional de controle da legislação. É que até a segunda metade do século XX, como visto, vigorava na Europa continental a idéia de que a soberania popular se exercia por via da supremacia do Parlamento, sendo o poder do legislador juridicamente ilimitado. Como conseqüência, não era possível conceber o princípio da proporcionalidade como fundamento de controle judicial da atuação do Parlamento, mas apenas dos atos administrativos. Somente após a Lei Fundamental de 1949 esse quadro se alterou[31].

30 V. Siqueira Castro, 0 devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, 1989, p. 3.

31 V. Heinrich Scholler, O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha, trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Interesse Público, 2:93, 1999, p. 93-94.

A partir de então, a idéia de proporcionalidade passou a ter fundamento constitucional, colhido no princípio do Estado de direito, convertendo-se o princípio da reserva legal em princípio da reserva de lei proporcional. Na Alemanha, a exemplo dos Estados Unidos, subjacente ao princípio da proporcionalidade estava a idéia de uma relação racional entre os meios e os fins[32], tanto na sua aplicação à esfera legislativa quanto na administrativa. Naturalmente, o princípio impõe maiores restrições ao administrador, dispondo o legislador de uma liberdade de conformação mais ampla. Foi na jurisprudência alemã que se dividiu o conteúdo do princípio da proporcionalidade em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito, que serão comentados mais à frente[33]. Com o desenvolvimento da teoria dos princípios e da teoria dos direitos fundamentais estabeleceu-se entre eles e a proporcionalidade uma relação que não poderia ser mais estreita[1*].

Em suma: a idéia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do common law, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade iada ao sistema jurídico alemão, cujas

32 V. Heinrich Scholler, O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha, trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Interesse Público, 2:93, 1999, p. 96 e 97: "O Tribunal Federal

Constitucional, a partir da idéia de uma relação entre os fins e os meios..."; "No momento em que se reconheceu (...) o princípio da reserva da lei proporcional, passou a ser admitida a possibilidade de impugnação e eliminação (...) das leis ofensivas à relação entre os meios e os fins (...)".

33 V. por todos, Martin Borowski, La estructura de los derechos fundamentales, 2003. Para um apanhado da jurisprudência alemã na matéria, v. Jürgen Schwabe, Cincuenta anos de jurisprudência dei Tribunal Constitucional Federal alemán, 2003. Em português, vejam-se: Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 2004, p. 218 e s. (Iâ ed. 1995); Suzana de Toledo Barros, O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, 1996; Gilmar Ferreira Mendes, A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, 1998; Fábio Corrêa Souza de Oliveira, Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade, 2003, p. 97 e s.; Jane Reis Gonçalves Pereira, Interpretação constitucional e direitos fundamentais, 2006, p. 324 e s.

34 V. Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, 1997, p. 111: "Já se insinuou que entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade existe uma conexão. Esta conexão não pode ser mais estreita: o caráter de princípio implica na máxima da proporcionalidade, e esta implica aquela". Não se investirá energia, nesse passo, na questão terminológi- ca de ser a proporcionalidade um princípio (terminologia dominante, que é aqui adotada), uma máxima (terminologia adotada por Alexy), uma regra (seguida por Luís Virgílio Afonso da Silva, Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, mimeo- grafado, 2005, p. 219) ou postulado normativo aplicativo (Humberto Ávila, Teoria dos princípios, 2003, p. 104).

raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte isso, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo maior proveito metodológico ou prático na distinção[35]. Essa visão, todavia, não é

pacífica[36].

35 Esse é o ponto de vista que tenho sustentado desde a lâ edição de meu Interpretação e aplicação da Constituição, que é de 1995. No sentido do texto, vejam-se: Suzana Toledo de Barros, O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, 1996, p. 54: "O princípio da proporcionalidade, (...) como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos, desenvolvido mais de meio século antes, sob o clima de maior liberdade dos juizes na criação do direito"; Caio Tácito, O princípio da razoabilidade das leis, in Temas de direito público, 1997, v. 1, p. 487-495; Fábio Corrêa Souza de Oliveira, Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade, 2003, p. 81 e s. Sem aderir integralmente à tese, observa Jane Reis Gonçalves Pereira, Interpretação constitucional e direitos fundamentais, 2006, p. 314: "Na doutrina brasileira, observa-se uma forte tendência em conceber razoabilidade e proporcionalidade como categorias intercambiáveis. A produção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, da mesma forma, não estabelece distinção entre os dois princípios". Na literatura internacional, Juan Cianciardo emprega os termos como sinônimos (Máxima de razonabilidad y respecto de los derechos fundamentales, Personay Derecho, v. 1, n. 41, p. 45-55, 1999). A equiparação também é feita por Donald P. Kommers, The constitutional juris- prudence of the Federal Republic of Germany, 1997, p. 46: " [The principie] of proportionality plays a role similar to the American doctrine of due process of law. The Basic Law contains no explicit reference to proportionality, but the Constitutional Court regards it as an indispensa- ble element of a state based on the rule of law./f...) In much of his work the court [applies] an ends-means test for determining whether a particular right has been overburdened in the light of a given set of facts. In fact, the German approàehjsjjot so different from the methodology often employed by the United States Supreme Court in fundamental rights cases".

36 A linguagem é uma convenção. E se nada impede que se atribuam significados diversos à mesma palavra, com muito mais razão será possível fazê-lo em relação a vocábulos distintos. Basta, para tanto, qualificar previamente a acepção com que se está empregando um determinado termo. É o que faz, por exemplo, Humberto Ávila [Teoria dos princípios, 2003, p. 94-103), que explicita conceitos diversos para proporcionalidade e razoabilidade. Para ele, a razoabilidade não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, como faz a proporcionalidade. Com isso, afasta o sentido de razoabilidade de sua origem norte-americana, onde a relação meio-fim (racionalidade) sempre esteve integrada à idéia de devido processo legal. Em seguida, atribui a ela três sentidos: razoabilidade como equidade, que consiste na exigência de harmonização da norma geral com o caso individual; razoabilidade

Explore-se um pouco mais além o conteúdo jurídico do

princípio da razoabilidade. Como delineado acima, consiste ele em um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Trata-se de um parâmetro de avaliação dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Mais fácil de ser sentido que conceituado, o princípio habitualmente se dilui num conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão bastajue.subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Há autores que recorrem até mesmo ao direito natural como fundamento para a aplicação da razoabilidade, embora possa ela radicar perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica.

Ao produzir normas jurídicas, o Estado normalmente atuará em face de circunstâncias concretas, e se destinará à realização de determinados fins a serem atingidos pelo emprego de dados meios. Assim, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disto, hão de se levar também em conta os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre tais elementos.

Como foi mencionado, na tentativa de dar mais substância ao princípio, a doutrina alemã o decompôs em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Estes são os elementos da razoabilidade do ato, por vezes referida como razoabilidade interna, que diz respeito à existência de uma relação racional e proporcional entre os motivos, meios e fins a ele subjacentes. Inclui-se aí a razoabilidade técnica da medida". Exemplo: diante

como congruência, exigência de harmonização das normas com suas condições externas de aplicação; e razoabilidade como equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Também defendem a desequiparação de sentidos entre os termos, dentre outros, Willis Santiago Guerra Filho, Dos direitos humanos aos direitos fundamentais, 1997, p. 25-26; e Luís Virgílio Afonso da Silva (O proporcional e o razoável, Revista dos Tribunais, 798:21, 2002), que investe grande energia procurando demonstrar que os termos não são sinônimos e critica severamente a jurisprudência do STF na matéria.

37 Alguns autores fazem uma distinção entre razoabilidade interna e externa (v. Humberto Quiroga Lavié, Derecho constitucional, 1984, p. 462). Nessa linha, a razoabilidade externa da norma consiste na sua compatibilidade com os meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional. Se a lei contravier valores expressos ou implícitos na Constituição, não será legítima nem razoável. Imagine-se que, sendo impossível conter a degradação acelerada da qualidade da vida urbana (motivo), a autoridade local proíba o ingresso, nos limites municipais, de

qualquer não residente incapaz de provar estar apenas em trânsito (meio), com o que reduziria significativamente a demanda por habitações e equipamentos urbanos (fim).

do crescimento estatístico da AIDS (motivo), se o Poder Público veda o consumo de bebidas alcoólicas durante o carnaval (meio) para impedir a contaminação de cidadãos nacionais (fim), a medida será irrazoável, pois estará rompido o vínculo entre os motivos, os meios e os fins, já que inexiste qualquer relação direta entre o consumo de álcool e a contaminação.

Além da adequação entre o meio empregado e o fim perseguido - isto é, a idoneidade da medida para produzir o resultado visado -, a idéia de razoabilidade compõe-se ainda de mais dois elementos. De um lado, a necessidade ou exigibilidade da medida, que impõe verificar a inexistência de meio menos gra- voso para a consecução dos fins visados. Sendo possível conter certo dano ambiental por meio da instalação de um filtro próprio numa fábrica, será ilegítimo, por irrazoável, interditar o estabelecimento e paralisar a produção, esvaziando a liberdade econômica do agente. Nesse caso, a razoabilidade se expressa através do princípio de vedação do excesso.

Por fim, a razoabilidade deve embutir, ainda, a idéia de proporcionalidade em sentido estrito, consistente na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se a medida é legítima. Se o Poder Público, por exemplo, eletrificar certo monumento de modo a que um adolescente sofra uma descarga elétrica que o incapacite ou mate quando for pichá-lo, a absoluta falta de proporcionalidade entre o bem jurídico protegido - o patrimônio público - e o bem jurídico sacrificado - a vida - torna inválida a providência.

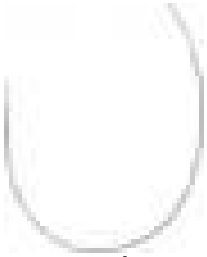
O princípio da proporcionalidade é utilizado, também, com freqüência, como instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, aí incluídas as colisões de direitos fundamentais e as colisões entre estes e interesses coletivos. Nos Estados Unidos, mesmo sem referência expressa ao termo "razoabilidade", é comum a realização de testes de constitucionalidade dos atos do Poder Público nos quais juizes e tribunais levam em conta os mesmos elementos aqui considerados: adequação, necessidade e proporcionalidade. Tais testes são identificados como sendo de: a) mera racionalidade; b) aferição severa; c) nível intermediário[38].

O teste de "mera racionalidade" (mere rationality ou rational basis) dos atos governamentais é o mais fácil de ser superado, bastando a demonstração de se

Uma tal norma poderia até ser internamente razoável, mas não passaria no teste de razoabilidade frente à Lei Maior, por desafiar princípios como o federativo, o da isonomia entre brasileiros etc.

38 A matéria é amplamente tratada nos principais livros de curso norte-americanos, como, e.g., John E. Nowak e Ronald D. Rotunda,

Constitutional law, 2000, p. 638 e s.; Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet, Constitutional law, 1996, p. 561 e s. V. tb. Steven L. Emanuel, Constitutional law, 2006.



tratar de um fim legítimo (legitimate state objective) e de um meio minimamente adequado (rational relation). Normalmente, se não houver um direito fundamental em questão, este será o teste utilizado pelo Judiciário, como ocorre em relação à impugnação de normas de caráter econômico, comercial ou que estabeleçam desequiparações entre pessoas, desde que a classificação não seja "suspeita" (como as baseadas em raça, por exemplo). Nos casos em que o teste envolva a mera racionalidade da medida, o ônus da demonstração da inconstitucionalidade é de quem a alega, e os tribunais somente acolherão a tese em caso de manifesta arbitrariedade ou falta de racionalidade.

O teste de "aferição severa" (strict scrutiny) é o mais difícil de ser superado e, normalmente, sua aplicação conduz à inconstitucionalidade da norma. Para superar esse teste, é necessária a demonstração de se tratar de um fim imperioso (compelling objective) e de um meio necessário, inexistindo alternativa menos restritiva (no less restrictive alternatives). Utiliza-se a aferição severa quando a matéria em disputa envolva temas como a igualdade racial, o direito de privacidade e liberdades como a de expressão e religiosa. Nesses casos, a inconstitucionalidade se presume, cabendo ao Poder Público o ônus da demonstração da validade de sua conduta.

Por fim, o teste de "nível intermediário" (middle-level review) situa-se, como o nome sugere, a meio caminho entre os dois primeiros. Sua utilização exige a demonstração de que o fim público invocado seja importante (important objective) - o que significa mais do que apenas legítimo e menos do que imperioso - e que o meio escolhido tenha uma relação substantiva com o fim - isto é, um meio-termo entre meramente racional e indispensável. Nesses casos, caberá, normalmente, ao Poder Público a prova da legitimidade de sua ação. Este critério é empregado em questões que envolvem gênero (e.g., direitos das mulheres), legitimidade de filhos e restrições à liberdade de expressão, que não se baseiem no conteúdo, mas em outros elementos, como hora e lugar de seu exercício.

Em resumo, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade

em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha. Nessa avaliação, o magistrado deve ter o cuidado de não invalidar escolhas administrativas situadas no espectro do aceitável, impondo seus próprios juízos de conveniência e oportunidade. Não cabe ao Judiciário impor a realização das melhores políticas, em sua própria visão, mas tão somente o bloqueio de opções que sejam manifestamente incompatíveis com a ordem constitucional. O princípio também funciona como um critério de ponderação entre proposições constitucionais que estabeleçam tensões entre si ou que entrem em rota de colisão.

IV MARCO TEÓRICO: TRÊS MUDANÇAS DE PARADIGMA

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A seguir, a análise sucinta de cada uma delas.

1 A força normativa da Constituição

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século XIX, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário nao se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição/

Com a reconstitucionalização que sobreveio à Segunda Guerra Mundial, esse quadro começou a ser alterado. Inicialmente na Alemanha[39] e, com maior retardo, na Itália[40]. E, bem mais à frente, em Portugal[41] e na Espanha[42]. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não

39 Trabalho seminal nessa matéria é o de Konrad Hesse, La fuerza normativa de la Constitución, in Escritos de derecho constitucional, 1983. O texto, no original alemão, correspondente à sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg, é de 1959. Há uma versão em língua portuguesa: A força normativa da Constituição, 1991, traduzida por Gilmar Ferreira Mendes.

40 Na Itália, em um primeiro momento, a jurisprudência negou caráter preceptivo às normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, considerando-as insuscetíveis de aplicação sem a

interposição do legislador. Sobre o tema, v. Therry Di Manno, Code Civil e Constitution en Italie, in Michel Verpeaux (org.), Code Civil e Constitution(s), 2005. V., tb., Vezio Crisafulli, La Costituzione e le sue disposizione di principio, 1952.

41 V. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Fundamentos da Constituição, 1991, p. 43 e s.

42 Sobre a questão em perspectiva geral e sobre o caso específico espanhol, vejam-se, respectivamente, dois trabalhos preciosos de Eduardo Garcia de Enterría: La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 1991; e La Constitución espanola de 1978 como pacto socialy como norma jurídica, 2003.

eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de norma- tividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do status quo.

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis[43]. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada (v. supra).

2 A expansão da jurisdição constitucional

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado na experiência americana: o da supremacia da Constituição[44]. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiei ros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de

43 Luís Roberto Barroso, A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?, in Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado, 1986; e tb. A força normativa da Constituição: elementos para a efetividade das normas constitucionais, 1987, tese de livre-docência apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, publicada sob o título O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 1990 (data da Ia edição). Na década de 60, em outro contexto e movido por preocupações distintas, José Afonso da Silva

escreveu sua célebre tese Aplicabilidade das normas constitucionais, 1968.

44 V. Stephen Gardbaum, The new commonwealth model of constitutionalism, American Journal of Comparative Law, 49:707, 2001, p. 714: "The obvious and catastrophic failure of the legislative supremacy model of constitutionalism to prevent totalitarian takeovers, and the sheer scale of human rights violations before and during World War II, meant that, almost without exceptions, when the occasion arose for a country to make a fresh start and enact a new constitution, the essentials of the polar opposite American model were adopted. (...) These included the three Axis powers, Germany (1949), Italy (1948), and Japan (1947)". Nesse texto, Gardbaum, professor da Universidade da Califórnia, estuda, precisamente, três experiências que, de acordo com sua análise, ficaram de fora da onda do judicial review: Reino Unido, Nova Zelândia e Canadá.

controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais[45]. Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, tribunais constitucionais foram criados em toda a Europa continental[46]. Atualmente, além do Reino Unido, somente Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de judicial review. O caso francês é objeto de menção à parte.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 189L Por outro lado, a denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal - abstrato e concentrado -, foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que atribuía a legitimação para sua propositura exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, fazendo com que este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para segmentos sociais representativos[47]. A esse fator somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade[48] e a arguição de descumprimento de preceito fundamental[49].

45 Hans Kelsen foi o introdutor do controle de constitucionalidade na Europa, na Constituição da Áustria, de 1920, aperfeiçoado com a reforma constitucional de 192^ Partindo de uma perspectiva doutrinária diversa da que prevaleceu nos Estados Unidos, concebeu ele o controle como uma função constitucional (de natureza legislativa-negativa) e não propriamente como uma atividade judicial. Para

tanto, previu a criação de um órgão específico - o Tribunal Constitucional - encarregado de exercê-lo de maneira concentrada. V. Luís Roberto Barroso, O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 2004, p. 18.

46 A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Sobre o tema, v. Jorge Miranda, Manual de direito constitucional, 1996, t. 2, p. 383 e s.; Gustavo Binenbojm, A nova jurisdição constitucional brasileira, 2004, p. 39-40; Stephen Gardbaum, The new commonwealth model of constitutionalism, American Journal of Comparative Law, 49:707, 2001, p. 715-716; e Luís Roberto Barroso, O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 2004, p. 43.

47 Desde a sua criação até a configuração que lhe foi dada pela Constituição de 1969, o direito de propositura da "representação de inconstitucionalidade" era monopólio do Procu- rador-Geral da República. A Constituição de 1988 rompeu com essa hegemonia, prevendo um expressivo elenco de legitimados ativos no seu art. 103.

48 Introduzida pela Emenda Constitucional n. 3, de 1993. V., ainda, Lei n. 9.868, de 10.11.1999.

49 V. Lei n. 9.882, de 3.12.1999. Antes da lei, prevalecia o entendimento de que o mecanismo não era autoaplicável.

No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102,1), (ii) por via de recurso ordinário (CF, art. 102, II) e, sobretudo, extraordinário (CF, art. 102, III), este último idealizado justamente para que o STF controle a aplicação da Constituição pelas instâncias inferiores, e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas[50]. De 1988 até abril de 2007 já haviam sido ajuizadas 3.883 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn), 16 ações declaratórias de constitucionalidade e 110 arguições de descumprimento de preceito fundamental. Para conter o número implausível de recursos extraordinários interpostos perante o Supremo Tribunal Federal[51], a Emenda Constitucional n. 45/2004, que procedeu a diversas modificações na disciplina do Poder Judiciário, criou a figura da repercussão geral da questão constitucional discutida, como novo requisito de admissibilidade do recurso[52].

3 A reelaboração doutrinária da interpretação constitucional

A consolidação do constitucionalismo democrático e normativo, a expansão da jurisdição constitucional e o influxo decisivo do pós-positivismo provocaram um grande impacto sobre a hermenêutica

jurídica de maneira geral e, .especialmenteTsóbre a interpretação constitucional. Além disso, a complexidade da Vida cont porânea, tanto no espaço público como no espaço privado;

50 As ações diretas no direito constitucional brasileiro são a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102,1, a), a ação declaratória de constitucionalidade (arts. 102,1, a, e 103, § 4ª) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2[2]). Há, ainda, duas hipóteses especiais de controle concentrado: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § l[2]) e a ação direta interventiva (art. 36, III). Sobre o tema do controle de constitucionalidade no Direito brasileiro, v. dentre muitos: Gilmar Ferreira Mendes, Controle de constitucionalidade, 1990, e Jurisdição constitucional, 2005; Clèmerson Merlin Clève, A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, 2000; Ronaldo Poletti, Controle da constitucionalidade das leis, 2001; Lenio Luiz Streck, Jurisdição constitucional e hermenêutica, 2002; Zeno Velloso, Controle jurisdicional de constitucionalidade, 2003; e Luís Roberto Barroso, O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 2004.

51 Em 2006, foram distribuídos 54.575 recursos extraordinários para o Supremo Tribunal Federal. Esse foi o maior número da história posterior a 1988, confirmando uma sólida tendência de crescimento anual. Apenas entre janeiro e o dia 31 de março de 2007, haviam sido distribuídos 17.744 recursos. V. o sítio do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (disponível em: http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/, acesso em: 15.4.2007).

52 A EC n. 45/2004 introduziu o § 3[2] do art. 102, com a seguinte dicção: "§ 3[2] No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros". A matéria foi regulamentada pela Lei n. 11.418, de 19.12.2006.

o pluralismo de visões, valores e interesses que marcam a sociedade atual; as demandas por justiça e pela preservação e promoção dos direitos fundamentais; as insuficiências e deficiências do processo político majoritário - que é feito de eleições e debate público; enfim, um conjunto vasto e heterogêneo de fatores influenciaram decisivamente o modo como o direito constitucional é pensado e praticado.

Foram afetadas premissas teóricas, filosóficas e ideológicas da interpretação tradicional, inclusive e notadamente quanto ao papel da norma, suas possibilidades e limites, e ao papel do intérprete, sua função e suas circunstâncias. Nesse ambiente, ao lado dos elementos tradicionais de

interpretação jurídica e dos princípios específicos de interpretação constitucional delineados ao longo do tempo, foram descobertas novas perspectivas e desenvolvidas novas teorias. Nesse universo em movimento e em expansão, incluem-se categorias que foram criadas ou reelaboradas, como os modos de atribuição de sentido às cláusulas gerais, o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais e de direitos fundamentais, a necessidade de utilização da ponderação como técnica de decisão e a reabilitação da razão prática como fundamento de legitimação das decisões judiciais. O próximo capítulo é dedicado ao tema.

4 Um novo modelo

O novo direito constitucional, fruto das transformações narradas neste capítulo, tem sido referido, por diversos autores, pela designação de neoconsti-. tucionalismo". O termo identifica, em linhas gerais, o constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica[54]. Dentro dessas balizas gerais, existem múltiplas vertentes neoconstitucionalistas[55]. Há quem questione a

53 Sobre o tema, teve grande difusão no Brasil duas coletâneas organizadas pelo professor mexicano Miguel Carbonell: Neoconstitucionalismo(s), 2003, e Teoria dei neoconstitucionalismo: ensayos escogidos, 2007. O termo é utilizado com frequencia na doutrina espanhola e italiana, embora não seja empregado no debate alemão e norte-americano. Mas muitas das discussões subjacentes são as mesmas.

54 Para uma exposição das bases teóricas dessa concepção, no Brasil, v. Luís Roberto Barroso, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito, Revista de Direito Administrativo 240:1, 2005; Antônio Cavalcanti Maia, Nos vinte anos da Carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo, in Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binen- bojm (coord.). Vinte anos da Constituição de 1988, 2008, p. 117 e s.; e Eduardo Ribeiro Moreira, Neoconstitucionalismo - A invasão da Constituição, 2008.

55 Sobre o ponto, v. Daniel Sarmento, O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades, in Filosofia e teoria constitucional contemporânea, 2009, p. 115, onde assinalou que entre

efetiva novidade dessas idéias[56], assim como seus postulados teóricos e ideológicos[57]. Mas a verdade é que, independentemente dos rótulos, não é possível ignorar a revolução profunda e silenciosa ocorrida no direito contemporâneo, que já não se assenta apenas em um modelo de regras e de subsunção, nem na tentativa de ocultar o papel criativo de juizes e tribunais[58]. Tão intenso foi o ímpeto das transformações que tem sido necessário reavivar as virtudes da moderação e da mediania, em busca de equilíbrio entre valores tradicionais e novas concepções[59].

• os neconstitucionalistas existem positivistas e não positivistas, liberais, comunitaristas e pro- cedimentalistas. Não por outra razão, Carbonell empregou, em sua primeira coletânea, a designação "neoconstitucionalismo(s)".

56 V., a propósito, o debate entre Luis Prieto Sanchis, Juan Antonio Garcia Amado e Carlos Bernal Pulido em Miguel Carbonell (org.), Teoria dei neoconstitucionalismo: ensayos escogidos, 2007, p. 213 e s. V. tb., na doutrina brasileira, Dimitri Dimoulos, Uma visão crítica do neoconstitucionalismo, in George Leite Salomão e Glauco Leite Salomão (coord.). Constituição e efetividade constitucional, 2008, p. 43 e s.

57 V. Humberto Ávila, Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência, in Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm (coord.), Vinte anos da Constituição Federal de 1988, 2009, p. 187 e s. Para uma réplica oral a essas críticas, v. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial no Brasil hoje, palestra no IX Congresso Brasileiro de Direito do Estado, em 17.04.2009, em http://www.lrbarroso.com.br/pt/videos/tl.html.

58 Ao procurar identificar os grandes traços do neoconstitucionalismo, utilizando três planos distintos de análise - textos constitucionais, práticas jurisprudenciais e desenvolvimentos teóricos -, Carbonell faz referência à substantivização das Constituições, à existência de algum grau de ativismo judicial e ao papel criativo-prescritivo da ciência jurídica. V. Miguel Carbonell, Neoconstitucionalismo: elementos para una definición, in Eduardo Ribeiro Moreira e Mareio Pugliesi (coord.). Vinte anos da Constituição brasileira, 2009, p. 197 e s.

59 Para uma tentativa de demarcação dos espaços entre o Poder Legislativo e a deliberação democrática, de um lado, e o Poder Judiciário e a atuação criativa do juiz, de outro, v. Luís Roberto Barroso, Temas de direito constitucional, t. IV, p. 308-21, Sobre a contenção da "euforia dos princípios" e do voluntarismo judicial, v. Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005. Para uma advertência sobre os riscos de "judiciocracia", "oba-oba constitucional" e "panconstitucionalização", v. Daniel Sarmento, O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades, in Filosofia e teoria constitucional contemporânea, 2009, p. 132 e s.

/

CAPÍTULO III A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL'

Sumário: I - Generalidades. 1. Introdução. 2. Terminologia:.hermenêutica, interpretação, aplicação e construção. 3. Especificidade da interpretação constitucional. II - Os diferentes planos de

análise da interpretação constitucional. 1. O plano jurídico ou dogmático. 2. O plano teórico ou metodológico. 2.1. As escolas de pensamento jurídico. 2.2. As teorias da interpretação constitucional. 2.2.1. Alguns métodos da teoria constitucional álemã. 2.2.2. O debate na teoria constitucional americana. 3. O plano da justificação política ou da legitimação democrática. 4. A interpretação constitucional como concretização construtiva. III - A interpretação constitucional sob perspectiva tradicional. 1. Algumas regras de hermenêutica. 2. Elementos tradicionais de interpretação jurídica. 2.1. Interpretação gramatical, literal ou semântica. 2.2. Interpretação histórica. 2.3. Interpretação sistemática. 2.4. Interpretação teleológica. 3. A metodologia da interpretação constitucional tradicional. 4. Princípios instrumentais de interpretação constitucional. 4.1. Princípio da supremacia da Constituição. 4.2. Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos. 4.3. Princípio da interpretação conforme a Constituição. 4.4. Princípio da unidade da Constituição. 4.5. Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade. 4.6. Princípio da efetividade.

1 Ronald Dworkin, Freedom's law: the moral reading of the American Constitution, 1996; Karl Larenz, Metodologia da ciência do Direito, 1997; Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, 2000; Jane Reis, Interpretação constitucional e direitos fundamentais, 2006; Cass R. Sunstein e Adrain Ver-meule, Interpretation and institutions, 2006, disponível em: http://www.law.uchicago.edu/ academics/publiclaw/index.html (working paper n. 28); Oscar Vilhena Vieira, A moralidade da Constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein, in Virgílio Afonso da Silva (org.), Interpretação constitucional, 2005; Inocêncio Mártires Coelho, Interpretação constitucional, 2003; Aharon Barak, Constitutional interpretation, in Ferdinand Mélin-Soucramanien (org.), Uinterprétation constitutionnelle, 2005; Frederick Schauer e Virgínia J. Wise, The distinctiveness of constitutional interpretation, 2006, mimeografado; Vicente de Paulo Barreto (org.), Dicionário de filosofia, 2006, verbetes: "Escola da Exegese" (Nelson Saldanha); "Escola do Direito Livre" (Maria Lúcia de Paula Oliveira); "Hermenêutica jurídica" (Lenio Luiz Streck); "Interpretação" (Eros Roberto Grau); "Realismo jurídico" (Fernando Galvão de Andréa Ferreira); Rodolfo L. Vigo, Interpretación jurídica, 1999; Philip Bobbit, The modalities of constitutional argument, in Constitutional interpretation, 1991; Louis E. Wolcher, A philosophical investigation into methods of constitutional interpretation in the United States and the United Kingdom, Virgínia Journal of Social Policy & the Law, 13:239, 2006; Michel Troper, Uinterprétation constitutionnelle, in Uinterprétation constitutionnelle, 2005; Marcelo Neves, A interpretação jurídica no Estado democrático de direito, in Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (org.), Direito constitucional: estudos em homenagem ao Professor Paulo

I GENERALIDADES[2]

1 Introdução

Garota de Ipanema é a composição brasileira mais executada no mundo. Seus autores são Antônio Carlos Jobim e Vinicius de Moraes, ambos já falecidos. Conta a lenda que a canção foi composta em um bar de Ipanema chamado Veloso, em homenagem a uma jovem colegial que passava regularmente em frente ao local, sob o olhar de admiração dos dois compositores, que se sentavam em mesas na calçada. Vinicius fez a letra e Jobim, a melodia. A canção, interpretada por ambos, consta de diferentes álbuns fonográficos. Há uma versão para o inglês, difundida em 1963, que tornou a música um sucesso mundial, e uma versão instrumental, feita para um filme homônimo, de 1967.

A letra e a melodia da canção permaneceram as mesmas, desde seu lançamento em 1962. Ao longo das décadas, inúmeros artistas apresentaram sua interpretação da obra. Todos trabalhavam, como intuitivo, sobre a criação original dos dois compositores. Algumas interpretações, no entanto, eram apenas instrumentais e procuravam captar os acordes sofisticados da bossa nova. Outras punham ênfase na poesia da letra, buscando recapturar um tempo mais romântico e ingênuo da vida no Rio de Janeiro. Muitos intérpretes, mundo âfora, que apresentaram regravações belíssimas, nunca ouviram falar de bossa nova e não sabem exatamente onde fica Ipanema.

Garota de Ipanema, na voz ou nos instrumentos de seus múltiplos intérpretes, conserva sua essência, seus elementos de identidade, mas nunca é a mesma. A razão é que, entre a obra e o público, há uma intermediação necessária feita por quem vai executá-la. A interpretação, por certo, é desenvolvida com base na obra preexistente e nas convenções musicais. Mas estará sempre sujeita à percepção e à sensibilidade do intérprete. Por isso mesmo, uma versão^ nunca é exatamente igual à outra. Ainda assim, havendo fidelidade à melodia e à letra originais, não será possível dizer que uma seja certa e a outra, errada.

Bonavides, 2001; Carlos Maximiliano, Hermenêutica e aplicação do Direito, 1981; Richard H. Fallon Jr,, How to choose a constitutional theory, Califórnia LawReview, 85:535, 1999; David Beatty, The forms and limits of constitutional intepretation, American Journal of Comparative Law, 49.79; George C. Christie e Patrick H. Martin, Jurisprudence: text and reading on the philosophy of law, 1999; Gerhardt, Rowe Jr., Brown & Spann, Constitutional theory: arguments and perspectives, 2000; Tercio Sampaio Ferraz Júnior, Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação, 2001.

2 Para uma exposição analítica acerca da interpretação constitucional, v. minha tese de titularidade na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, defendida em 1995 e publicada em edição comercial revista e atualizada: Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 6. ed., 3. tir., 2006.

São diferentes formas de ver a mesma criação. No entanto, há um limite a partir do qual já não será possível dizer que o intérprete esteja executando obra alheia, senão que criando a sua própria. Vale dizer:

a interpretação jamais poderá romper os vínculos substantivos com o objeto interpretado.

A execução de uma peça musical - popular ou clássica - é uma boa imagem para compreender o fenômeno da interpretação nas hipóteses em que, entre a obra e o público, interpõe-se um intérprete, alguém com o poder de expressar a sua compreensão do trabalho do autor. Como é o caso do Direito, âmbito no qual sempre haverá, em meio a outros elementos, uma norma (obra alheia), um intérprete e um ou mais destinatários da interpretação. O intérprete não está legitimado a criar ou a inventar livremente o que melhor lhe aprouver; ao contrário, deve fidelidade à partitura preexistente, à obra original. Mas, por outro lado, não existe uma única maneira de expressá-la, e, portanto, o ambiente externo, a platéia e as contingências do intérprete sempre farão diferença.

2 Terminologia: hermenêutica, interpretação, aplicação e construção

A hermenêutica tem sua origem no estudo dos princípios gerais de interpretação bíblica. Para judeus e cristãos, seu objeto era descobrir as verdades e os valores contidos na Bíblia. Para a tradição judaico-cristã, como é corrente, a Bíblia tem um caráter sagrado, pela crença de que expressa a revelação divina. Desde os primórdios surgiram divergências acerca da maneira adequada de interpretá-la: se de modo literal, moral, alegórico ou místico[3]. Da religião o termo passou para a filosofia, daí para a ciência e depois para o Direito. A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do Direito[4].

A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes. Na aplicação se dá a conversão da disposição abstrata em uma regra

3 V. The new Encyclopaedia Britannica, 2002, verbete "Biblical literature and its criticai interpretation", subtítulo "Types of biblical hermeneutics", p. 999 e s.

4 O termo "hermenêutica" vem de Hermes, personagem da mitologia grega encarregado de transmitir a mensagem dos deuses aos homens. Como os homens não falavam diretamente com os deuses, sujeitavam-se à intermediação de Hermes, à sua capacidade de compreender e revelar.

concreta, com a pretensão de conformar a realidade ao Direito, o ser ao dever ser. É nesse momento que a norma jurídica se transforma em norma de decisão[5].

Até pouco tempo atrás, a interpretação era compreendida pela doutrina como uma atividade que lidava com os significados possíveis das normas em abstrato; e a aplicação, como a função de concretização daqueles significados. Na dogmática contemporânea, todavia, já não se enfatiza a dualidade interpretação/aplicação. A compreensão atual é a de que a atribuição de sentidos aos enunciados normativos - ou a outras fontes reconhecidas pelo sistema jurídico - faz-se em conexão com os fatos relevantes e a realidade subjacente. Daí a crescente utilização, pela doutrina, da terminologia enunciado normativo (texto em abstrato), norma jurídica (tese a ser aplicada ao caso concreto, fruto da interação texto/realidade) e norma de decisão (regra concreta que decide a questão). A singularidade de tal percepção é considerar a norma jurídica como o produto da interpretação, e não como seu objeto, este sendo o relato abstrato contido no texto normativo.

Outro conceito relevante, especialmente no âmbito da interpretação constitucional, é o de construção. Por sua natureza, uma Constituição se utiliza de termos vagos e de cláusulas gerais, como igualdade, justiça, segurança, interesse público, devido processo legal, moralidade ou dignidade humana. Isso se deve ao fato de que ela se destina a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto. A interpretação consiste na atribuição de sentido a textos ou a outros signos existentes, ao passo que a construção significa tirar conclusões que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se cdlheín no espírito, embora não na letra da norma[6]. A interpretação é lináitada à

5 V. Tercio Sampaio Ferraz Júnior, Introdução ao estudo do Direito, 2001, p. 305 e s. E tb. Eros Roberto Grau, Interpretação, in Dicionário de filosofia do Direito, 2006, p. 472: "A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. Aí a distinção entre as normas jurídicas e a norma de decisão. Esta é definida a partir daquelas. Todos os operadores do Direito o interpretam, mas apenas uma certa categoria deles realiza plenamente o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da norma de decisão. Este, que está autorizado a ir além da interpretação tão somente como produção das normas jurídicas, para dela extrair a norma de decisão do caso, é aquele que Kelsen chama de intérprete autêntico, o juiz".

6 J. H. Meirelles Teixeira, citando a lição de Black, constante de seu Handbookon the construc- tion and interpretation of the laws, transcreveu que construção é "a arte ou processo de descobrir e expor o sentido e a intenção dos autores da lei tendo em vista sua aplicação a um caso dado, onde essa intenção se apresente duvidosa, quer por motivo de aparente conflito entre dispositivos ou diretivas, quer em razão de que o caso concreto não se ache explicitamente previsto na lei"

(Curso de direito constitucional, 1991, p. 269). V., também, Anna Candida da Cunha Ferraz, Processos informais de mudança da Constituição, 1986, p. 134 e s„ e Thomas Cooley, A treatise on the constitutional limitations, 1890, p. 70.

exploração do texto, ao passo que a construção vai além e pode recorrer a considerações extrínsecas[7].

3 Especificidade da interpretação constitucional

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Essa premissa foi assentada, no direito americano, desde Marbury v. Madison, julgado em 1803. Na tradição europeia-continental, ela só veio a firmar-se após a Segunda Guerra Mundial, tendo se tornado conhecimento convencional nas últimas décadas, inclusive no Brasil. Por ser a Constituição uma norma jurídica, sua interpretação se socorre dos variados elementos, regras e princípios que orientam a interpretação jurídica em geral, cujo estudo remonta ao direito romano e, na cultura jurídica romano-germânica, passa por autores importantes como Savigny, Gény e Kelsen.

Nada obstante isso, a interpretação constitucional compreende um conjunto amplo de particularidades, que a singularizam no universo da interpretação jurídica. Assinale-se, logo de início, que o direito constitucional envolve um empreendimento complexo: o de levar o Direito às relações políticas, disciplinando a partilha e o exercício do poder, bem como impondo o respeito aos direitos da cidadania. Não é banal a missão de levar legalidade, justiça e segurança jurídica para um ambiente marcado pelo uso potencial da força, pelo exercício de competências discricionárias e por vínculos diretos com a soberania popular.

Pois bem: o direito constitucional positivo concentra-se na Constituição. As Constituições democráticas são documentos singulares na sua origem, no seu conteúdo e nas suas finalidades. De fato, fruto do poder constituinte originário, a Constituição é a expressão da vontade superior do povo, manifestada em um momento cívico especial. Promulgada a Constituição, a soberania popular se converte em supremacia constitucional. Nos propósitos da Lei Fundamental estão a autolimitação do poder e a institucionalização de um governo democrático. Daí resulta que o papel da Constituição é, simultaneamente: (i) o de limitar o governo da maioria, mediante a enunciação dos valores e direitos fundamentais a serem preservados, inclusive os das minorias; (ii) o de propiciar o governo da maioria, mediante procedimentos adequados, inclusive os que asseguram a participação igualitária de todos e a alternância do poder.

7 Construction, in Black'sLawDictionary, 1979. V., também, José Alfredo de Oliveira Baracho, Hermenêutica constitucional, Revista de Direito Público, 59-60:46, p. 47.

Essas características do direito constitucional e da Constituição, por suposto, projetam-se nas normas constitucionais, dando a elas peculiaridades que podem ser assim assinaladas (v. supra):

a) Quanto ao seu status jurídico: as normas constitucionais desfrutam de superioridade jurídica em relação às demais normas do sistema, ditando o seu modo de produção e estabelecendo limites ao seu conteúdo.

b) Quanto à natureza da linguagem: as normas constitucionais se apresentam, com freqüência, com a textura aberta e a vagueza dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados, circunstância que permite sua comunicação com a realidade e a evolução do seu sentido.

c) Quanto ao seu objeto: as normas constitucionais, do ponto de vista material, destinam-se tipicamente a (i) organizar o poder político (normas constitucionais de organização), (ii) definir os direitos fundamentais (normas constitucionais definidoras de direitos) e (iii) indicar valores e fins públicos (normas constitucionais programáticas). Sua estrutura normativa, portanto, não é a das normas de conduta em geral, inclusive pelas peculiaridades que dominam a compreensão e aplicação dos direitos fundamentais das diferentes gerações.

d) Quanto ao seu caráter político: a Constituição é o documento que faz a travessia entre o poder constituinte originário - fato político - e a ordem instituída, que é um fenômeno jurídico. Cabe ao direito constitucional o enquadramento jurídico dos fatos políticos. Embora a interpretação constitucional não possa e não deva romper as suas amarras jurídicas, deve ela ser sensível à convivência harmônica entre os Poderes, aos efeitos simbólicos dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e aos limites e possibilidades da atuação judicial.

Intuitivamente, tais especificidades quanto à posição hierárquica, à linguagem, às matérias tratadas e ao alcance político fazem com que a interpretação constitucional extrapole os limites da argumentação puramente jurídica. De fato, além das fontes convencionais, como o texto da norma e os precedentes judiciais, o intérprete constitucional deverá ter em conta considerações relacionadas à separação dos Poderes, aos valores éticos da sociedade e à moralidade política. A moderna interpretação constitucional, sem desgarrar-se das categorias do Direito e das possibilidades e limites dos textos normativos, ultrapassa a dimensão puramente positivista da filosofia jurídica, para assimilar argumentos da filosofia moral e da filosofia política. Idéias como interpretação evolutiva, leitura moral da Constituição e interpretação pragmática inserem-se nessa ordem de considerações.

II 05 DIFERENTES PLANOS DE ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A interpretação constitucional, que é uma particularização da interpretação jurídica geral, é um fenômeno complexo, que pode ser analisado a partir de diferentes prismas, que estabelecem conexões entre si, mas apresentam relativa autonomia. Para os fins aqui visados, é

possível destacar três deles: o plano essencialmente jurídico ou dogmático; o plano teórico ou metodológico; e o plano da justificação política ou da legitimação democrática. A identificação desses três planos distintos preenche, sobretudo, uma finalidade didática, por auxiliar a compreensão dos variados processos mentais envolvidos. No entanto, no mundo real da jurisdição constitucional, os três níveis se interpenetram e se sobrepõem, ainda que de maneira não explicitada. Não é incomum, todavia, que a argumentação jurídica procure encobrir o segundo e o terceiro planos, fazendo parecer que as questões constitucionais são resolvidas no plano estritamente dogmático.

1 O plano jurídico ou dogmático

O plano essencialmente jurídico ou dogmático envolve as categorias operacionais do Direito e da interpretação jurídica. Dentre elas estão: a) as regras de hermenêutica, que, no Brasil, estão previstas sobretudo na Lei de Introdução ao Código Civil[8], ou em certas proposições axiomáticas desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência[9]; b) os elementos de interpretação, que incluem, na sistematização tradicional, o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleoló- gico, bem como figuras como os costumes, a interpretação extensiva ou a estrita; e c) os princípios específicos de interpretação constitucional, como os da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade e da efetividade. A interpretação constitucional, sob perspectiva essencialmente jurídica, será a ênfase de tópicos apresentados pouco mais adiante. Nos dois itens que se seguem, a interpretação será analisada sob um enfoque metajurídico, normalmente negligenciado pelos juristas em geral.

8 Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-Lei n. 4.657, de 4.9.1942), arts. 3ª, 4ª e 5ª.

9 O termo "axioma" é empregado aqui para expressar a idéia de que tais regras acabam assumindo um caráter autoevidente, sem prejuízo de poderem contar com densa fundamentação teórica. Seria o caso, e.g., da proposição de que as normas restritivas de direitos devem ser interpretadas de forma estrita, sem ampliação de seu conteúdo literal. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 2004, p. 121-124.

2 O plano teórico ou metodológico

O plano teórico ou metodológico compreende a construção racional da decisão, o itinerário lógico percorrido entre a apresentação do problema e a formulação da solução. Nele se contém, em última análise, a definição do papel desempenhado pelo sistema normativo, pelos fatos e pelo intérprete no raciocínio empreendido. Não se trata da filosofia da interpretação, em sua reflexão sobre si mesma e sobre a essência das coisas[10], mas dos diferentes métodos - "caminhos para chegar a um fim" - que procuram demonstrar a racionalidade e a adequação da argumentação

desenvolvida em relação às categorias e às práticas reconhecidas pelo Direito.

2.1 As escolas de pensamento jurídico

Ao longo dos últimos dois séculos, uma multiplicidade de teorias jurídicas foram concebidas e propagadas. Todas elas foram desenvolvidas, substancialmente, em torno do direito civil, que era o centro de irradiação do pensamento jurídico e o direito comum nos países de tradição romano-germânica. Essa situação durou até o segundo pós-guerra. Não é o caso de investigar em profundidade as diferentes escolas e movimentos que marcaram cada época. No entanto, por necessidade de encadeamento do raciocínio e por imperativo didático, percorre-se brevemente o tema, agrupando-se as diferentes teorias ou metodologias em quatro grandes categorias: (i) o formalismo, (ii) a reação antiformalista, (iii) o positivismo e (iv) a volta aos valores.

O formalismo jurídico tem como marca essencial uma concepção mecani- cista do Direito, pela qual a interpretação jurídica seria uma atividade acríti- ca de subsunção dos fatos à norma. Nele se cultiva uma visão romântica e onipotente da lei, compreendida como expressão da razão e da vontade geral rousseauniana. O formalismo pregava o apego à literalidade do texto legal e à intenção do legislador, e via com desconfiança o Judiciário, ao qual não reconhecia a possibilidade de qualquer atuação criativa. Pretensamente neutros e objetivos, os juizes eram apenas "a boca que pronuncia as palavras da lei". Exemplos do formalismo jurídico foram a Escola da Exegese[11], na França,

10 Para uma tentativa de diferenciação entre filosofia i teoria do Direito e dogmática jurídica, v. Arthur Kaufmann, Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas, 2002, p. 25 e s. Para um tratamento com foco na filosofia da interpretação, vejam-se Hans-Georg Gadamer, Verdade e método, 2004; Martin Heidegger, Ser e tempo, 1995; Antonio Castanheira Neves, 0 actual problema da metodologia da interpretação jurídica, 2003; Lenio Luiz Streck, Hermenêutica jurídica e(m) crise, 2004.

11 A Escola da Exegese desenvolve-se a partir de 1804, na seqüência histórica do Código Civil napoleônico, e tem o seu apogeu entre 1830 e 1880, quando tem início sua decadência. Sobre o tema, v. a obra de um dos seus autores mais autorizados, Julien Bonnecase, La pensée

e a Jurisprudência dos Conceitos[12], na Alemanha.

A reação antiformalista desenvolveu-se em diversas partes do mundo. Uma das vozes de maior expressão foi o jurista alemão Rudolph von Ihering,. que, em peça clássica, defendeu que o Direito deve servir aos

fins sociais, antes que aos conceitos e às formas[13]. Sua influência pode ser sentida nas principais manifestações pela reforma do pensamento jurídico, como a defesa da "livre investigação científica" de François Gény[14], na França, o Movimento para o

juridique française: de 1804 à l'heure presente, 2 t., 1933. Em língua portuguesa, v. Nelson Saldanha, Escola da Exegese, in Vicente de Paulo Barreto (org.), Dicionário de filosofia do Direito, 2006, onde se averbou: "Foi um movimento tipicamente francês, não somente por sua origem vinculada ao advento do Código Civil francês (Code Napoléon), mas também pelo clima de idéias, de alguma sorte cartesian^s, em que se formaram seus conceitos e suas tendências" (texto ligeiramente editado). V. tb. Margarida Maria Lacombe Camargo, Hermenêutica e argumentação, 2003, p. 65-68.]

12 Karl Larenz, Metodologia daciênciaDireito, 1997, p. 23 e 28-29, atribui ao autor alemão Puchta o papel de fundador da Jurisprudência dos Conceitos, sobre quem escreveu: "PUCHTA abandonou pois a relação, acentuada por SAVIGNY, das 'regras jurídicas' com o 'instituto jurídico' que lhes é subjacente, em favor da construção conceptual abstrata, e colocou, no lugar de todos os outros métodos - e também no de uma interpretação e desenvolvimento do Direito orientados para o fim da lei e o nexo significativo dos institutos jurídicos -, o processo lógico-dedutivo da 'Jurisprudência dos conceitos', preparando o terreno ao 'formalismo' jurídico que viria a prevalecer durante mais de um século, sem que a contracorrente introduzida por JHERING conseguisse por longo tempo sobrepor-se-lhe".

13 A tese central de Ihering, defendida em vários estudos desde a publicação de 0 espírito do Direito romano, é de que a substância do Direito repousa sobre a noção de interesse juridicamente protegido: a ordem jurídica como um todo, bem como suas normas particulares, sempre possuem uma finalidade, servem à promoção de algum objetivo positivamente valorado. Para Ihering, a verdade subjacente aos conceitos jurídicos era relativa, pois o Direito, em grande parte, seria resultado do conflito de interesses. Mesmo na origem de um direito específico se encontraria um interesse que logrou ser tutelado. Trata-se, portanto, de teoria empírica do direito, afastada do formalismo que caracterizava a "jurisprudência dos conceitos". Observe-se, contudo, que a teoria de Ihering não é desprovida de conteúdo ético. No clássico A luta pelo Direito, afirma ser a paz o fim principal do Direito, nada obstante fosse a luta o meio para alcançá-lo. Cf. Rudolf von Ihering, A luta pelo Direito, 2002, O espírito do Direito romano, 1934, A finalidade do Direito, 2002. Esta nota e a seguinte beneficiaram-se da interlocução com Cláudio Pereira de Souza Neto.

14 A escola da "livre investigação científica", de François Gény, defende que, quando o intérprete não for capaz de encontrar no texto legal uma solução adequada para o caso concreto, está autorizado a buscá-la na analogia, no costume e na "livre investigação científica". Se a lei não

dá conta das mudanças havidas no meio social após o início da sua vigência, o intérprete deve ser livre para elaborar uma interpretação mais adequada aos fins sociais que merecem amparo. Em tal atividade, a pesquisa deve ser livre, pois realizada além dos limites fixados nos textos legais, mas ao mesmo tempo científica, já que apoiada em elementos passíveis de aferição objetiva. Não se trata, portanto, de uma criação judicial do Direito marcada pela arbitrariedade. Se o intérprete não está circunscrito aos limites impostos pelos textos legais, deve sempre examinar com objetividade os elementos empíricos envolvidos e buscar a realização dos fins sociais do Direito. Cf. François Gény, Méthodes d'interprétation etsources en droitprivépositif: essai critique, 1996 (edição fac-similar da edição de 1919).

Direito Livre[15], na Alemanha, e o Realismo Jurídico[16], nos Estados Unidos e na Escandinávia. Características comuns dessas diferentes Escolas de pensamento eram: (i) a reação à crença de que o Direito poderia ser encontrado integralmente no texto da lei e nos precedentes judiciais; (ii) a rejeição da tese de que a função judicial seria meramente declaratória, para reconhecer, ao contrário, que em diversas situações o juiz desempenha um papel criativo; e (iii) a compreensão da importância dos fatos sociais, das ciências sociais e da necessidade de interpretar o Direito de acordo com a evolução da sociedade e visando à realização de suas finalidades.

O positivismo jurídico apresenta uma característica essencial, que une fases e autores bem diversos: a separação entre o Direito e a Moral, entre a lei humana e o direito natural, negando a existência de um direito natural que subordine a legislação. Na virada do século XIX para o XX, em sua pretensão de criar uma ciência do Direito objetiva e neutra, o positivismo compartilhou muitas das premissas teóricas do formalismo. Nada obstante, nas formulações mais sofisticadas desenvolvidas ao longo do século XX - como a Teoria pura do Direito,

15 O Movimento para o Direito Livre não chegou a ser propriamente uma Escola de pensamento, mas uma tendência que marcou o pensamento jurídico alemão na virada do século XIX para o século XX. Na onda da reação ao formalismo legalista e à jurisprudência dos conceitos, sustentou a tese de que o Direito não se esgota nas fontes estatais, brotando igualmente - e com maior legitimidade - da dinâmica social. Como conseqüência natural, o juiz desempenha o papel criativo de identificar e aplicar aos casos concretos esse Direito que não está nos livros. Um dos debates importantes trazidos pelo Movimento dizia respeito à possibilidade de o juiz deixar de aplicar a lei que considerasse injusta. O MoytmentQ para o Direito Livre contribuiu para desmistificar a idéia da decisão judicial como dedução lÓgico-formal, de natureza sub- suntiva, mas não pôde escapar da crítica severa à visão subjetivista e voluntarista que lançava sobre o fenômeno jurídico, descrente da racionalidade. Autores e trabalhos de referência sobre o Movimento são: Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt

(Lei e função judicial), 1885; Eugen Ehrlich, Freie Rechtsfmdung und Freie Rechtswissenschaft (A livre procura do Direito e a livre ciência do Direito), 1903; e Herman Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (A luta pela ciência do Direito), 1906. Sobre o tema, v. Karl Larenz, Metodologia da ciência do Direito, 1997.

16 O Realismo Jurídico surge inicialmente nos Estados Unidos, na década de 20, e posteriormente na Europa, em particular na Escandinávia, como um desdobramento da jurisprudência sociológica de Ihering. O movimento trazia três críticas às teorias formalistas de justificação do processo de decisão judicial: lógica, psicológica e sociológica. A crítica lógica era a de que conceitos gerais não resolviam casos concretos e. menos ainda, produziam decisões unívocas, permitindo ao juiz a escolha dos resultados. A crítica psicológica afirmava que a decisão judicial, freqüentemente, ocultava sua motivação real, funcionando como uma racionalização a pos- teriori da decisão tomada por outras razões. E a crítica sociológica fundava-se em que os fatos sociais por trás da decisão judicial é que forneciam sua verdadeira motivação. Alguns autores e trabalhos de referência desse movimento são: Jerome Frank, Law and the modem mind, 1930; Oliver Holmes, The path of the law, in Collected legal papers, 1920; Karl Llewellyn, The bramble busch:'our law and its study, 1951. Sobre o tema, v. Kermit Hall (ed.), verbete "Legal realism", in The Oxford companion to American law, 2002, p. 501-503.

de Hans Kelsen, e O conceito de Direito, de H. L. A. Hart - afastou-se da perspectiva estritamente mecanicista. De fato, Kelsen reconheceu que a decisão judicial é um ato político de escolha entre as possibilidades oferecidas pela moldura da norma[17]. E Hart proclamou que, além dos casos simples, solucionados com base no texto legal e nos precedentes, existem os "casos difíceis" (hard cases), que envolvem o exercício de discricionariedade judicial[18].

A volta aos valores é a marca do pensamento jurídico que se desenvolve a partir da segunda metade do século XX[19]. Foi, em grande parte, conseqüência da crise moral do positivismo jurídico e da supremacia da lei, após o holocausto e a barbárie totalitária do fascismo e do nazismo. No plano internacional, no contexto da reconstrução da ordem mundial do pós-guerra, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, na qual se materializou o consenso entre os povos acerca dos direitos e liberdades básicas a serem assegurados a todos os seres humanos. No âmbito interno, diferentes países reconhecem a centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, que passam a ser protegidos por tribunais constitucionais. Tanto no direito europeu como nos Estados Unidos, diversos desenvolvimentos teóricos

17 Kelsen concedeu ao fato de que a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento - revelação do sentido de uma norma preexistente -, mas também um ato de vontade - escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam. Confiram-se as

transcrições seguintes, colhidas em Hans Kelsen, Teoria pura do direito, 1979, p. 466-469: "O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o acto que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta/moldura em qualquer sentido possível. (...) Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correcta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar—têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no acto do órgão aplicador do Direito. A questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da teoria do Direito, mas um problema da política do Direito".

18 H. L. A. Hart, The concept of the law, 1988 (a 1-edição é de 1961). Resumindo o pensamento de Hart, averbou Oscar Vilhena Vieira, A moralidade da Constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein, in Virgílio Afonso da Silva (org.), Interpretação constitucional, 2005: "Neste sentido, os formalistas teriam razão na maioria dos casos, ou seja, naqueles casos simples, onde a lei é clara e onde a jurisprudência é pacífica e consolidada. Nos casos difíceis, onde a lei é omissa ou confusa e também não há uma jurisprudência sedimentada, aí, sim, a atividade de interpretação demandaria do juiz um certo grau de discricionariedade".

19 V. Karl Larenz, Metodologia da ciência do Direito, 1997, p. 171: "A passagem a uma jurisprudência de valoração, a crítica ao modelo de subsunção e, por último, a preponderância da justiça do caso, bem como do procedimento 'argumentativo', levaram a uma renovada discussão da possibilidade e utilidade da construção do sistema na ciência do Direito".

marcam a nova época, aí incluídos estudos seminais sobre teoria da justiça, normatividade dos princípios, argumentação jurídica e racionalidade prática, dando lugar a uma reaproximação entre o Direito e a filosofia. A volta aos valores está no centro da discussão metodológica contemporânea e do pensamento pós-positivista[20].

2.2 As teorias da interpretação constitucional

Na teoria constitucional, os diferentes métodos de interpretação constitucional desenvolveram características e terminologia próprias. Sem embargo, também aqui o que está em questão é a demonstração e justificação do raciocínio desenvolvido e a explicitação das relações entre o sistema jurídico, o problema a ser resolvido e o papel do intérprete. A seguir se reproduz, de maneira sintética, o debate desenvolvido na doutrina alemã e n)a doutrina norte-americana, cujas formulações influenciaram a discussão do tema mundo afora.

2.2.1 Alguns métodos da teoria constitucional alemã[21]

Na doutrina e na jurisprudência alemãs reproduzem-se, de certa forma, algumas das discussões que permearam o desenvolvimento das diferentes Escolas jurídicas. Há propostas que concebem o raciocínio jurídico em termos lógico-formais, de modo que também as questões constitucionais se resolveriam pela aplicação de normas gerais aos casos concretos, mediante subsunção. Trata-se do método clássico de interpretação constitucional. Em outra linha está a concepção que valoriza o problema concreto levado à apreciação judicial. O fundamental seria produzir a solução mais razoável para o caso concreto, mesmo que tal desfecho não resultasse diretamente do texto constitucional. Este é o método tópico-problemático. Uma terceira construção teórica procura conciliar elementos das duas formulações anteriores: pelo método hermenêutico-concretiza- dor procura-se legitimar a construção da solução mais razoável para o problema, desde que circunscrita às possibilidades oferecidas pelo texto constitucional. A seguir, uma breve anotação sobre cada um.

O método clássico de interpretação constitucional concebe a interpretação como uma atividade puramente técnica de conhecimento do sentido do texto constitucional, a ser aplicado de modo mecânico, por via de um raciocínio silogístico. No seu âmbito, não se considera necessário ou legítimo que o juiz formule juízos de valor ou desempenhe atividade criativa, lançando mão de elementos axioló-

20 Merecem destaque, como emblemáticos do período corrente, os trabalhos de Karl Larenz, Konrad Hesse, John Rawls, Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli, Robert Alexy, em meio a muitos outros.

21 O presente tópico beneficiou-se da colaboração de Cláudio Pereira de Souza Neto.

gicos ou fáticos, com recurso à filosofia ou à realidade social. O método clássico é originário do direito privado e sofre a influência do formalismo que moldou a interpretação do Código Civil napoleônico. Nada obstante, é ainda amplamente utilizado, prestando-se à solução dos casos fáceis, cuja resposta pode ser encontrada pelo emprego das regras, princípios e elementos tradicionais de interpretação jurídica[22]. Não é suficiente, contudo, para a solução dos casos difíceis, que envolvem normas de textura aberta ou princípios antagônicos, que indicam respostas diferentes para o mesmo problema.

O método tópico-problemático surge na década de 50[2J]. Ao contrário do método clássico, não está centrado na norma ou no sistema jurídico, mas no problema. Não se vincula à lógica formal - pela qual a atividade judicial se restringia ao estabelecimento da premissa maior do silogismo -, mas à lógica do razoável, sustentado por meio de argumentação consistente. O papel do juiz é construir a melhor solução para o problema, realizando a justiça do caso concreto. Para tanto, o intérprete pode recorrer aos termos expressos dos textos legais, mas também a argumentos baseados nos fatos relevantes, na realidade social,

nos valores e nos princípios gerais do Direito. Embora não se negue a relevância do Direito legislado, não é dele a primazia. A tópica representa a expressão máxima da tese segundo a qual o raciocínio jurídico deve orientar-se pela solução do problema, e não pela busca de coerência interna para o sistema.

A hermenêutica concretizadora procura o equilíbrio necessário entre a criatividade do intérprete, o sistema jurídico e a realidade subjacente. Destaca, assim, a importância da pré-compreensão do agente da interpretação, seu ponto de observação e sua percepção dos fenômenos sociais, políticos e jurídicos. Igualmente significativa é a realidade objetiva existente, "os fatores reais do poder", na expressão clássica de Ferdinand Lassalle. E por fim, não menos relevante, é o sistema jurídico, "a força normativa da Constituição", com sua pretensão de conformar a realidade - o ser- ao dever-ser constitucional[24]. A Constituição não

22 Como ressalta Ernst-Wolfgang Bõckenfõrde, Los métodos de la interpretación constitucional - inventario y crítica, in Escritas sobre derechos fundamentales, 1993, p. 15, o método clássico de interpretação constittícional se caracteriza pela incorporação dos elementos de interpretação de Savigny ao Direito público.

23 Theodor Viehweg, Tópica e jurisprudência, 1979 (a lª edição do original Topik und Juris- prudenz é de 1953), e Tópica y filosofia dei Derecho, 1991. Sobre a tópica, v., tb., em língua portuguesa, Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 2000, p. 446-454; e Paulo Roberto Soares Mendonça, A tópica e o Supremo Tribunal Federal, 2003.

24 Os trabalhos seminais nessa matéria foram produzidos por Konrad Hesse, com destaque para: La interpretación constitucional e La fuerza normativa de la Constitución, ambos publicados em Escritos de derecho constitucional, 1983. As idéias de força normativa da Constituição e da interação profunda entre norma e realidade na interpretação constitucional foram exploradas e difundidas, no Brasil, em trabalho publicado por mim em 1986 - Por que não uma Constituição para valer?, in Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado, Brasília,

pode ser adequadamente apreendida observando-se apenas o texto normativo: também a realidade social subjacente deve ser integrada ao seu conceito. Por outro lado, a Constituição não é mero reflexo da realidade, por ser dotada de capacidade de influir sobre ela, de afetar o curso dos acontecimentos. O papel do intérprete é compreender esse condicionamento recíproco, produzindo a melhor solução possível para o caso concreto, dentro das possibilidades oferecidas pelo ordenamento.

Nessa vertente da interpretação como concretização situa-se, também, a denominada "metódica estruturante", de Friedrim Müller, cuja proposta consiste, igualmente, em conciliar a perspectiva normativa com a sociológica[25]. Müller parte da distinção entre texto (enunciado normativo) e norma, identificada esta como o ponto de chegada e não de partida do processo interpreta- tivo. A norma jurídica resulta da conjugação do

programa normativo com o âmbito normativo. O programa normativo consiste nas possibilidades de sentido do texto, estabelecidas de acordo com os recursos tradicionais da interpretação jurídica. Já o âmbito normativo se identifica com a parcela da realidade social dentro da qual se coloca o problema a resolver, de onde o intérprete extrairá os componentes fáticos e axiológicos que irão influenciar sua decisão. Este é o espaço da argumentação tópica, da busca da melhor solução para o caso concreto, tendo como limite as possibilidades contidas no programa normativo. Esse modelo metodológico procura harmonizar o pensamento tópico-problemático com o primado da norma[26].

2.2.2 O debate na teoria constitucional americana

Nos Estados Unidos, é possível agrupar as principais teorias de interpretação constitucional sob dois grandes rótulos: interpretativismo e não interpre- tativismo. Interpretativismo é a corrente que nega legitimidade ao desempenho de qualquer atividade criativa por parte do juiz, que não estaria autorizado a impor seus próprios valores à coletividade. Não interpretativismo significa, ao contrário, que os intérpretes judiciais podem recorrer a elementos externos ao texto constitucional na atribuição de sentido à Constituição, como as mudanças na realidade ou os valores morais da coletividade.

1986 - e na minha tese de livre-docência A força normativa da Constituição: elementos para a efetividade das normas constitucionais, 1987, posteriormente publicada como O direito constitucional e a efetividade de suas normas (Iâed. 1990).

25 Vejam-se, em português, Friedrich Müller, Métodos de trabalho do direito constitucional, 2005; e Direito, linguagem, violência, 1995.

26 V. Jane Reis Gonçalves Pereira, Interpretação constitucional e direitos fundamentais, 2006, p. 72-73. V. tb. Anabelle Macedo Silva, A concretização judicial das normas constitucionais, 2004.

Sob a designação geral de interpretativismo abrigam-se duas linhas de pensamento próximas: (i) o textualismo, segundo o qual as normas escritas da Constituição são a única fonte legítima em que se pode fundar a autoridade judicial[27]; e (ii) o originalismo, pelo qual a intenção dos autores da Constituição e dos que a ratificaram vinculam o sentido a ser atribuído às suas cláusulas[28]. Portanto, texto e história estão na base dessa formulação[29]. Subjacente ao interpretativismo está o ponto de vista de que juizes não são, como regra, agentes públicos eleitos e, em qualquer caso, não estão nem devem estar inseridos na dinâmica da política. Em razão disso, não deveriam ter o poder de extrair da Constituição conseqüências e direitos que não constem da literalidade de suas disposições ou da intenção manifesta de seus autores. Apesar da aparência pouco sofisticada dessas formulações, elas comportam nuances e sutilezas e são defendidas, sem prejuízo de atenuações pontuais, por figuras expressivas do pensamento jurídico conservador, tanto na academia, como

Robert Bork[30], quanto na Suprema Corte, como Antonin Scalia[31].

O não interpretativismo, também referido como construtivismo, reúne as linhas de pensamento que se opõem ao textualismo e ao originalismo, notadamente pela idéia de que o intérprete não se limita a revelar o sentido contido na norma, mas, ao contrário, ajuda a construí-lo. Três modalidades de construtivismo são destacadas pela doutrina[32]:

27 V. Antonin Scalia, A matter of interpretation: Federal Courts and the law, 1997, p. 23-25 e 37-47. Ministro da Suprema Corte, Scalia é considerado o mais eloqüente defensor do textualismo.

28 V. Daniel A. Farber, The originalism debate: a guide for the perplexed, Ohio State Law Journal, 49.1085, 1989; Edwin Meese, Towards a jurisprudence of original intent, Harvard Journal of Law é* Public Policy, n. 11, 1988; Laurence Tribe, American constitutional law, 2000, p. 47-70.

29 Gerhardt, Rowe Jr,, Brown & Spann, Constitutional theory. arguments and perspectives, 2000, p. 99: "Naturalmente, o uso da história e a relevância atribuída à intenção dos constituintes (framers) não pode ser claramente separada das questões relativas à interpretação do texto (...)".

30 V. Robert Bork, Coercing virtue: the worldwide rule of judges, 2003; e, em português, O que pretendiam os fundadores - interpretação da Constituição, Revista de Direito Público, 93:6, 1990.

31 Para uma análise preciosa do tema, v. Robert Post e Reva Siegel, Originalism as a politi- cal practice: the right's living Constitution, Fordham Law Review, 75:545, 20 06. Os autores demonstram que o originalismo não se sustenta como teoria jurídica, mas ganhou força e expressão como uma prática política que une os conservadores. E que os conservadores conseguiram uma bandeira jurídica e política, ao passo que os liberais estão apegados aos argumentos jurídicos.

32 V., especialmente, Louis E. Wolcher, A philosophical investigation into methods of constitutional interpretation in the United States and the United Kingdom, Virgínia Journal of Social Policy d the Law, 13:239, 2006.

a) a interpretação evolutiva;
b) a leitura moral da Constituição;
c) o pragmatismo jurídico.

A interpretação evolutiva é, possivelmente, a mais aceita forma de atuação criativa do Judiciário, e consiste em compreender a Constituição como um "documento vivo", devendo suas normas e precedentes ser adaptados ao longo do tempo às mudanças ocorridas na

realidade social[33]. Assim, em lugar de conceber, em pleno século XX, a cláusula da equal protection em conformidade com o que pretendiam os "pais fundadores" daquela nação (os convencionais de Filadélfia), a interpretação evolutiva buscou legitimar a atualização histórica da Carta, dando subsídios para que a Suprema Corte, no caso Brown vs. Board of Education, proscrevesse a segregação racial.

A leitura moral da Constituição, proposta por Ronald Dworkin, preconiza que as cláusulas gerais do texto constitucional - como, por exemplo, punições cruéis, devido processo legal, igualdade sob a lei - devem ser interpretadas de acordo com os valores morais vigentes na sociedade[34]. Trata-se de uma perspectiva dinâmica, e não estática. Com efeito, os valores morais se submetem permanentemente à atualização histórica. O autor ilustra sua teoria com duas metáforas. A primeira é a do romance em cadeia. Cada decisão judicial é como se fosse um novo capítulo de um romance: pode inovar, desde que mantenha coerência com os capítulos escritos anteriormente, ou seja, com as decisões anteriores. A segunda metáfora explora a distinção entre conceito e concepção. Um pai diz ao filho: comporte-se, durante a sua vida, de acordo com a moral. O que o pai prescreve ao filho é que observe a concepção de moralidade que vigore ao tempo da ação, não a sua concepção de moralidade em vigor quando ele (pai) dá o seu conselho. Nesse raciocínio, o constituinte, ao positivar, por exemplo, o princípio da igualdade, estava prescrevendo às gerações futuras que observassem o conceito aberto de igualdade, não a concepção específica de igualdade predominante no momento constituinte[35].

Por fim, outra importante alternativa ao interpretativismo, formulada nos Estados Unidos, é o pragmatismo judicial. Trata-se de uma modalidade de interpretação constitucional que procura produzir resultados que sejam "bons" para o presente e para o futuro (com base em algum critério de determinação do que seja bom), sem dever o intérprete se vincular ao texto, aos precedentes ou

33 David A. Strauss, Common Law constitutional interpretation, University of Chicago Law Review, 63:877 e 879, 1996; Cass Sunstein, One case at a time: judicial minimalism on the Su- preme Court, 1999, p. 70.

34 Ronald Dworkin, Freedom's law: the moral reading of the American Constitution, 1996.

35 Ronald Dworkin, Taking rights seriously, 1978, p. 134.

à intenção original dos constituintes. A melhor decisão, para o pragmatismo, é a que gera melhores conseqüências práticas, não a que seja mais coerente com o texto constitucional ou com seus valores fundamentais. O pragmatismo é conse- quencialista e contextualista: o que importa são as conseqüências da decisão, e estas devem ser avaliadas no contexto em que a decisão se insere[36]. Por isso, não raro, o pragmatismo

leva à formulação de proposições perigosas quanto à observância da dignidade da pessoa humana, ao autorizar decisões que se legitimam por beneficiar a maioria, mesmo que isso implique flexibilizar direitos individuais. Embora esse não seja um elemento essencial dos juízos pragmáticos, há o risco de que o indivíduo não seja tratado como um fim em si mesmo - como estabelece a fórmula kantiana - mas como um meio para a realização de metas coletivas[37].

Este, portanto, um breve levantamento das discussões de teoria ou metodologia constitucional na Alemanha e nos Estados Unidos. Apesar de estarem envolvidos alguns aspectos típicos desses dois países, inúmeras das questões levantadas fazem parte do debate mundial acerca da fundamentação da atividade judicial e, especialmente, da jurisdição constitucional.

3 O plano da justificação política ou da legitimação democrática

O plano da justificação política lida, substancialmente, com a questão da separação de Poderes e da legitimação democrática das decisões judiciais. É no seu âmbito que se procuram resolver as tensões que muitas vezes se desenvolvem entre o processo político majoritário - feito de eleições, debate público, Congresso, Chefes do Executivo - e a interpretação constitucional. Essa tensão se instaura tanto quando o Judiciário invalida atos dos outros dois Poderes - e.g., na declaração de inconstitucionalidade - como quando atua na ausência de manifestação expressa do legislador, por via da construção jurídica, da mutação constitucional ou da integração das omissões constitucionais. É nesse ambiente que se colocam discussões como ativismo judicial e autocontenção, supremacia judicial, supremacia legislativa e populismo constitucional, dificuldade contramajoritária e soberania popular.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com

36 V. Richard A. Posner, Pragmatic adjudication, Cardozo Law Review, 18:1, 5, 1996. As posições de Posner, baseadas em uma análise econômica de custo-benefício, são controvertidas na doutrina americana. Na literatura jurídica brasileira, v. Thamy Pogrebinschi e José Eisenberg, Pragmatismo, direito e política, Novos Estudos CEBRAP, n. 62, 2002; Cláudio Pereira de Souza Neto, Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIn 3.685, Interesse Público, n. 37, 2006; e Margarida Maria Lacombe Camargo, Fundamentos teóricos do pragmatismo jurídico. Revista de Direito do Estado, 6: 2007.

37 Para uma crítica geral ao pragmatismo, v. Ronald Dworkin, Justice in robes, 2006, p. 36 e s.

maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas,

que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário[38]; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição[39]; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas[40].

38 No julgamento da ADC 12, em 16.2.2006, relatada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, o STF declarou constitucional a Resolução n. 7, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, que vedava a prática do nepotismo - isto é, a contratação, para o exercício de cargos em comissão ou função gratificada, de parentes até o terceiro grau de membros do Poder Judiciário - independentemente da existência de lei específica nesse sentido. Sustentou-se que a vedação já decorreria diretamente de princípios expressos na Constituição, como o da moralidade e o da impessoalidade. No seu voto, averbou o Ministro Gilmar Mendes: "Assim, é certo que não apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade administrativa. Esses comandos normativos podem possuir estrutura de regras ou de princípios. No primeiro caso, a prescrição detalhada e fechada da conduta deontologicamente determinada estabelece uma estrita vinculação da Administração Pública. Por exemplo, a regra da anterioridade tributária descrita pelo enunciado normativo do art. 150, III, da Constituição. No caso dos princípios, a estrutura normativa aberta deixa certas margens de 'livre apreciação' (freie Ermessen) ao Poder Administrativo. Assim ocorre quando a Constituição, em seu art. 37, determina a obediência, pela Administração Pública, à moralidade e à impessoalidade". Outro exemplo: ao julgar a questão da infidelidade partidária, para fins de perda ou vacância do mandato, nos mandados de segurança de n. 26.602/DF (rei. Min. Eros Grau); 26.603/DF (rei. Min. Celso de Mello); e 26.604/DF (rei. Min. Cármen Lúcia), julgados conjuntamente nas sessões de 3 e 4.10.2007, decidiu o STF, chancelando entendimento do TSE, que os partidos políticos e as coligações partidárias têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, se, não ocorrendo razão legítima que o justifique, registrar-se ou o cancelamento de filiação partidária ou a transferência para legenda diversa, do candidato eleito por outro partido. V. Inf. STF 482, de 11 out. 2007: "Asseverou-se que o direito reclamado pelos partidos políticos afetados pela infidelidade partidária não surgiria da resposta que o TSE dera à Consulta 1.398/DF, mas representaria emanação direta da própria Constituição que a esse direito conferiu realidade e deu suporte legitimador, notadamente em face dos fundamentos e dos princípios estruturantes em que se apoia o Estado Democrático de Direito (CF, art. Iª, I, II e V)".

39 Dois exemplos, julgados no ano de 2006, foram a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da EC n. 52, de 8.3.2006,

que impunha a aplicação imediata da nova regra sobre coligações partidárias eleitorais (extinção de verticalização) (STF, DJU, 10 ago. 2006, ADIn 3.685/DF, Rei. Min. Ellen Gracie); e a declaração de inconstitucionalidade das normas legais que estabeleciam cláusula de barreira, isto é, limitações ao funcionamento parlamentar de partidos políticos que não preenchessem requisitos mínimos de desempenho eleitoral (STF, DJU, 18 dez. 2006, ADIn 1.354/DF, Rei. Min. Marco Aurélio).

40 Exemplo que se tornou corriqueiro é a condenação ao fornecimento de medicamentos ou aparelho terapêutico por ente público a pessoas portadoras de determinadas doenças, como "desenvolvimento mental retardado" (STJ, DJU, 7 out. 2002, RMS 13.452/MG, Rei. Min.

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir ao mínimo sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juizes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação de juizes e tribunais no Brasil.

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor do legislador ordinário. Ativistas e não ativistas, todavia, não contestam o que se denomina supremacia judicial: o reconhecimento de que deve caber ao Judiciário a última palavra acerca da interpretação da Constituição e das leis. Trata-se, portanto, de uma questão de calibragem da atuação de juizes e tribunais. Diversa é a tese defendida nos últimos anos por alguns teóricos constitucionais norte-americanos, denominada constitucionalismo popular ou populista, que defende uma ainda indefinida "retirada da Constituição dos tribunais"[41] e conseqüente revalorização dos espaços genuinamente políticos de deliberação pública.

Uma das grandes questões subjacentes à legitimação democrática do Poder Judiciário é a denominada dificuldade contramajoritária*[2]. Os membros do Poder Legislativo e o Chefe do Poder Executivo são agentes públicos eleitos, investidos em seus cargos pelo batismo da vontade popular. O mesmo não se passa com os membros do Poder Judiciário, cuja investidura se dá, como regra geral, por critérios essencialmente técnicos, sem eleição popular. A atividade criativa do Judiciário e, sobretudo, sua competência para invalidar atos dos outros Poderes, devem ser confrontadas com o argumento da falta de justo título democrático.

Garcia Vieira), "esclerose lateral amiotrófica" (STJ, DJU, 4 set.

2000, RMS 11.183/PR, Rei. Min. José Delgado), "mielomeningocele infantil" (STJ, DJU, 9 fev. 2004, MS 8.740/DF, Rei. Min. João Otávio Noronha); e "bócio difuso tóxico com hipertiroidismo" (STJ, DJU, 23 ago. 2004, REsp 625.329/RJ, Rei. Min. Luiz Fux).

41 Nessa linha, v. Mark Tushnet, Taking the Constitution away from the courts, 2000; Larry Kramer, The people themselves: popular constitutionalism and judicial review, 2005. Em sentido oposto a este "constitucionalismo legislativo", v. Owen Fiss, Between supremacy and exclusivi- ty, in The least examined branch: the role of Iegislatures in the constitutional state, 2006.

42 Alexander Bickel, The least dangerous branch, 1986 (edição original de 1962).

Onde estaria o fundamento para o Judiciário sobrepor sua vontade à dos agentes eleitos dos outros Poderes? A resposta já está amadurecida na teoria constitucional: na confluência de idéias que produzem o constitucionalismo democrático. Nesse modelo, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Ativismo e contenção judicial desenvolvem uma trajetória pendular nos diferentes países democráticos. Há situações em que o processo político majoritário fica emperrado pela obstrução de forças políticas minoritárias, mas influentes, ou por vicissitudes históricas da tramitação legislativa. De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável. Ao revés, quando o processo político majoritário está funcionando com representatividade e legitimidade, com debate público amplo, juizes e tribunais deverão ser menos pró-ativos. No próximo capítulo, voltar-se-á ao ponto.

4 A interpretação constitucional como concretização construtiva

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional, é inegavelmente política. Isso se deve ao fato de que o intérprete desempenha uma atuação criativa - pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis -, mas também em razão das conseqüências práticas de suas decisões, que afetam o equilíbrio entre os Poderes e os deveres que lhes são impostos. Melhor do que negar o

aspecto político da jurisdição constitucional é explici- tá-lo, para dar-lhe transparência e controlabilidade.

A interpretação constitucional pode envolver casos fáceis e casos difíceis. Os casos fáceis normalmente serão solucionáveis pelas regras e elementos tradicionais de hermenêutica e interpretação, envolvendo a aplicação de regras jurídicas, mediante subsunção. Nessas hipóteses, sua dimensão política é minimizada. Nos casos difíceis, todavia, a interpretação constitucional, sem deixar de ser uma atividade jurídica, sofrerá a influência da filosofia moral e da filosofia política.

Ã luz de tais premissas, o sistema jurídico (i.e., os enunciados e demais elementos normativos) sempre desempenhará um papel decisivo. É que a interpretação constitucional estará limitada pelas possibilidades de sentido oferecidas pelas normas jurídicas e pelas diferentes categorias operacionais do Direito. Ao lado do sistema jurídico, no entanto, também o intérprete tem papel de destaque, pois sua pré-compreensão do mundo, do Direito e da realidade imediata irá afetar o modo como ele irá apreender os valores da comunidade. Por fim, também o problema a ser resolvido desempenha papel decisivo na interpretação constitucional. De fato, como já registrado, desenvolveu-se nos últimos tempos a percepção de que a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas o produto da integração entre texto e realidade. Em muitas situações, não será possível determinar a vontade constitucional sem verificar as possibilidades de sentido decorrentes dos fatos subjacentes.

A integração de sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição). Observada essa premissa inarredável - porque assentada na idéia de justiça e na dignidade da pessoa humana -, deve o intérprete atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e produzir o melhor resultado possível para a sociedade (interpretação pragmática). A interpretação constitucional, portanto, configura uma atividade concretizadora - i.e., uma interação entre o sistema, o intérprete e o problema - e construtiva, porque envolve a atribuição de significados aos textos constitucionais que ultrapassam sua dicção expressa.

III A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL SOB PERSPECTIVA TRADICIONAL

As normas constitucionais são normas jurídicas. Por essa razão, sua interpretação deve socorrer-se do conjunto teórico desenvolvido pela dogmática jurídica ao longo dos séculos, com sua origem ainda no direito romano. Nos tópicos seguintes serão estudados, objetivamente, algumas regras de hermenêutica, os elementos tradicionais de interpretação jurídica e os princípios específicos de interpretação constitucional.

1 Algumas regras de hermenêutica

Faz parte do conhecimento convencional a percepção de que o estabelecimento de regras e princípios de hermenêutica é atribuição da

doutrina, e não do legislador[43]. Nada obstante isso, assim no Brasil como em outros países, não

43 Sobre o ponto, v. Carlos Maximiliano, Hermenêutica e aplicação do Direito, 1981, p. 96 e s. 288

é incomum a positivação em lei de algumas normas a respeito. Entre nós, a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), promulgada pelo Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, traz em si quatro grandes conteúdos: (i) regras de direito intertemporal[44]; (ii) regras de hermenêutica; (iii) regras de direito internacional privado[45]; e (iv) regras de cooperação jurídica internacional[46]. Por seu caráter de sobredireito - i.e., regras destinadas a orientar a atividade do intérprete, e não a solução direta dos problemas jurídicos -, há quem sustente o caráter materialmente constitucional de tais disposições. As regras de hermenêutica contidas na LICC dispõem especificamente sobre a obrigatoriedade da lei, sobre lacuna legal e sobre os fins do Direito, como se reproduz abaixo[47]:

"Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Art. 4ª Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Além dessas proposições gerais, há regras específicas de interpretação nos diferentes ramos do Direito[48], merecendo referência expressa o destaque dado

44 O direito intertemporal determina o momento de início e de vigência das leis, bem como soluciona os conflitos de leis no tempo. Duas regras tradicionais de direito intertemporal constantes da LICC são: "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior" (art. 2º, § 1º); e "A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada" (art. 6º).

45 O direito internacional privado tem por objeto a indicação da lei aplicável, quando determinada relação jurídica esteja sob a incidência potencial da lei de mais de um país. Assim, e.g., de acordo com as normas da LICC, a capacidade civil se rege pela lei do domicílio da pessoa (art. 7ª), os bens são qualificados e regulados pela lei do país em que estiverem situados (art. 8º) e às obrigações se aplicam a lei do país em que se constituírem (art. 9º). Sobre o tema, v. Jacob Dolinger, Direito internacional privado: parte geral, 2005, p. 49 e s.

46 Exemplos de cooperação internacional é o

cumprimento, pela autoridade judiciária brasileira, de diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente (art. 12, § 2[2]) - o que se fará, normalmente, por via de carta rogatória - e a exequibilidade no Brasil de sentenças estrangeiras que preencham os requisitos para sua homologação (art. 15).

47 Vejam-se, a propósito, Oscar Tenório, Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, 1955; e Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (3 v.), 1999 (edições originais de 1943 e 1944).

48 E.g., o Código Tributário Nacional dedica um capítulo ao tema (arts. 107 a 112).

pelo Código Civil de 2002 ao princípio da boa-fé objetiva[49]. Nele se contém o dever do comportamento ético, que a doutrina civilista tem procurado fundamentar na cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana[50]. O princípio da boa-fé objetiva, na letra expressa do Código, deve pautar a interpretação dos negócios jurídicos em geral, sendo dever específico dos contratantes na execução dos contratos[51]. Uma das expressões concretas do princípio é a tutela da confiança legítima nas relações privadas[52], que veda o comportamento contraditório, referido em doutrina como venire contra factum proprium". Também originárias do direito civil são as regras de hermenêutica expressas sob a forma de brocardos, extraídos da doutrina e da jurisprudência. Embora já não desfrutem de grande prestígio, podem ser úteis em certas circunstâncias[54].

49 A noção de boa-fé objetiva não se confunde com a boa-fé subjetiva, que encerra um elemento psíquico contraposto à má-fé. Nesse sentido, v. Bruno Lewicki, Panorama da boa-fé objetiva, in Gustavo Tepedino (coord.), Problemas de direito civil constitucional, 2000, p. 55. O conceito de boa-fé objetiva envolve um dever de conduta imposto às partes independentemente de seus estados mentais, ligado à relação contratual em todos os seus aspectos. Busca-se, através do princípio da boa-fé objetiva, que as partes atuem eticamente, em um regime de cooperação, preservando as expectativas legitimamente geradas. Sobre o tema, v. Teresa Ne- greiros, Fundamento para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé, 2002, p. 261; e Heloísa Carpena Vieira de Mello, A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual, in Gustavo Tepedino (coord.), Problemas de direito civil constitucional, 2000, p. 313.

50 Nesse sentido, v. Teresa Negreiros, Fundamento para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé, 2002, p. 252: "A fundamentação constitucional da boa-fé objetiva centra-se na idéia da dignidade da pessoa humana como princípio reorientador das relações patrimoniais".

51 CC: "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração"; e "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do

contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

52 No direito público, a proteção da confiança legítima é expressão do princípio da segurança jurídica. Vejam-se sobre o tema Almiro do Couto e Silva, Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo, Revista de Direito Público, 84:46, 1987; e Patrícia Ferreira Batista, Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo, mimeografado, 2006, tese de doutorado elaborada, apresentada e aprovada na Universidade de São Paulo (USP).

53 O conceito expressa a regra segundo a qual não é lícito a uma das partes criar expectativas, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento, e praticar ato contrário ao previsto, em prejuízo da outra parte. Exige-se que as partes atuem com coerência. Sobre o tema, vejam-se Régis Fichtner Pereira, A responsabilidade civilpré-contratual, 2001, p. 84; e Anderson Schreiber, A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e "venire contra factum proprium", 2005, p. 218.

54 Para um amplo levantamento desses brocardos, que na maioria dos casos eram expressos originariamente em latim, v. Carlos Maximiliano, Hermenêutica e interpretação do Direito, 1981, p. 239 e s. Vejam-se alguns exemplos: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a

2 Elementos tradicionais de interpretação jurídica

Os elementos de interpretação a seguir expostos são denominados, por muitos autores, métodos de interpretação. Porém, elemento, que significa parte integrante do todo, é termo mais preciso para designar as categorias interpre- tativas que serão a seguir estudadas. Método, em sua etimologia de origem grega, qualifica-se como "caminho para chegar a um fim"[55]. Como se verá logo adiante, os diferentes elementos de interpretação não se excluem, mas se combinam, ao passo que a idéia de método, nesse contexto, sugeriria que a escolha de um caminho afastaria os outros, o que não é o caso. Melhor reservar o termo "método" para as formulações teóricas mais abrangentes de justificação do processo interpretativo, como as analisadas no tópico anterior.

Os elementos tradicionais de interpretação jurídica, na sistematização adotada no Brasil e nos países de Direito codificado, remonta à contribuição de Savigny. Expoente da ciência jurídica do século XIX, fundador da Escola Histórica do Direito, distinguiu ele, em terminologia moderna, os componentes gramatical, histórico e sistemático na atribuição de sentido aos textos normativos[56]. Posteriormente, uma quarta perspectiva foi acrescentada, consistente na interpretação teleológica. Com pequena variação entre os autores, este é o catálogo dos elementos clássicos da interpretação jurídica: gramatical, histórica, sistemática e teleológica[57]. Nenhum desses elementos pode operar isoladamente,

mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de

Direito; poenalia sunt restringenda: interpretam-se estritamente as disposições cominadoras de pena; quit sentit ônus, sentire debet commodum, et contra: quem suporta o ônus, deve gozar as vantagens respectivas e vice-versa; verba cum effectu, sunt accipienda: não se presumem, na lei, palavras inúteis; ad impossibilia nemo tenetur: ninguém está obrigado ao impossível. Um outro exemplo, este elaborado no âmbito do direito constitucional americano: quando a lei faculta, ou prescreve um fim, presumem-se autorizados os meios necessários para atingi-lo.

55 V. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa, 1999, vocábulo "método".

56 V. Friedrich Carl von Savigny, Sistema dei diritto romano attuale, 1886, v. 1, cap. 4, p. 225 e s. A edição original alemã, de 1840, tinha como título Das System des heutigen romischen Rechts.

57 Como assinalado, estes são os elementos tradicionais de interpretação reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência nos países de tradição romano-germânica. Por se aplicarem à interpretação jurídica em geral, aplicam-se também à interpretação constitucional. Nos Estados Unidos, tem amplo curso a sistematização de Philip Bobbitt, que identifica seis modalidades de argumentos constitucionais (The modalities of constitutional argument, in Constitutional interpretation, 1991): histórico, textual, estrutural, doutrinário (baseado nos precedentes), ético e prudencial (fundado em uma análise de custo-benefício). V. tb. Calvin Massey, American constitutional law: powers and liberties, 2005. Escrevendo sobre o tema, também no direito americano, observou o Justice Stephen Breyer, Active liberty: interpreting our democratic constitution, 2005, p. 7-8: "Todos os juizes utilizam ferramentas semelhantes ao desencum- birem-se da tarefa de interpretar as leis e a Constituição. (...) Todavia, o fato de a maioria

sendo a interpretação fruto da combinação e do controle recíproco entre eles[58]. A interpretação, portanto, deve levar em conta o texto da norma (interpretação gramatical), sua conexão com outras normas (interpretação sistemática), sua finalidade (interpretação teleológica) e aspectos do seu processo de criação (interpretação histórica)[59].

2.1 Interpretação gramatical, literal ou semântica

Nos países da tradição romano-germânica, a principal fonte do Direito são as normas jurídicas escritas, os enunciados normativos. Interpretar é, sobretudo, atribuir sentido a textos normativos, conectando-os com fatos específicos e com a realidade subjacente. A interpretação gramatical funda-se nos conceitos contidos na norma e nas possibilidades semânticas das palavras que integram o seu relato. Em muitas situações, a atividade interpretativa não envolverá complexidades que desbordem da aplicação textual dos enunciados normativos. É o que ocorre, por exemplo, com a norma que dispõe acerca do número de ministros do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 101), ou a que atribui competência à União para instituir imposto de importação (CF, art. 153,1), ou ainda a que prevê a

idade mínima de 35 anos para alguém se candidatar a Presidente da República. Porém, como regra geral, a atitude do intérprete jamais poderá ser a mera abordagem conceituai ou semântica do texto. Ao contrário, cabe-lhe perquirir o espírito da norma e as perspectivas de sentido oferecidas pela combinação com outros elementos de interpretação.

Além dos aspectos assinalados acima, deve-se remarcar que a Constituição. freqüentemente veicula normas de textura aberta, isto é, com linguagem vaga e conteúdo dotado de plasticidade. É o caso dos princípios - e.g., dignidade da pessoa humana, moralidade, capacidade contributiva -, dos conceitos jurídicos indeterminados - e.g., interesse local, repercussão geral, comoção grave - e dos termos polissêmicos - e.g., tributos, servidores, meio ambiente. Vale dizer: a interpretação gramatical não poderá trabalhar com sentidos únicos a serem extraídos dos relatos normativos. Assentadas essas premissas, deve-se enfatizar sua contrapartida: os conceitos e possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo da interpretação. O intérprete não pode

deles concordar quanto aos elementos básicos - linguagem (texto), história, tradição, precedente, finalidade (purpose) e conseqüência - não significa que concordem sobre onde e quando empregar cada um deles. Alguns juizes dão ênfase à linguagem, à história ou à tradição. Outros, aos fins e às conseqüências" (texto ligeiramente editado).

58 Francesco Ferrara, Interpretação e aplicação das leis, 1987, p. 131.

59 Winfried Brugger, Legal interpretation, schools of jurisprudence, and anthropology: some remarks from a German point view, The American Journal of Comparative Law, 42:395, p. 395, 1994. V. tb. Raúl Canosa Usera, Interpretación constitucionaly fórmula política, 1988, p. 135.

ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor a retórica à legitimidade democrática, à lógica e à segurança jurídica. A cor cinza pode compreender uma variedade de tonalidades entre o preto e o branco, mas não é vermelha nem amarela.

Na literatura, existem passagens antológicas reveladoras dos usos e limitações da interpretação literal[60]. A jurisprudência, por sua vez, registra inúmeros precedentes apontando as insuficiências desse tipo de interpretação[61], mas reconhece as possibilidades de sentido do texto como limite à atuação criativa ou corretiva do intérprete[62].

2.2 Interpretação histórica

No elenco de elementos de interpretação, os de caráter objetivo, como o sistemático e o teleológico, têm preferência sobre os de índole subjetiva, como o histórico, A análise histórica desempenha um papel secundário, suplementar na revelação de sentido da norma. Apesar de desfrutar de certa reputação nos

60 Um bom exemplo se colhe na saga de Tristão e Isolda. Tristão e Isolda eram apaixonados entre si; mas, por injunções diversas da

vida, Isolda casou-se com o rei, e não com Tristão. Algum tempo depois, a paixão deles se reacendeu e eles se encontravam furtivamente. Isolda foi denunciada por traição e levada a um tribunal eclesiástico, onde seria interrogada. A mentira a levaria à morte. Isolda pediu a Tristão que, no dia da audiência, esperasse por ela à porta do tribunal, vestido como um mendigo. Lá chegando em sua carruagem, dirigiu-se a ele e gritou: "Você aí, leve-me no colo até o local do julgamento. Não quero sujar minhas roupas na poeira desse caminho". Vestido como um maltrapilho, Tristão obedeceu. Iniciada a audiência, Isolda é interrogada se traía o rei. E respondeu: "Juro solenemente que jamais estive nos braços de outro homem que não os do meu marido e os desse mendigo que me trouxe até aqui".

61 E.g., STF, DJU, 5 maio 2006, HC 87.425/PE, Rei. Min. Eros Grau: "A fuga, como causa justificadora da necessidade da prisão cautelar, deve ser analisada caso a caso, de modo que se deve afastar a interpretação literal do art. 317 do Código de Processo Penal"; STF, DJU, 17 jun. 1994, AO 191/PE, Rei. Min. Marco Aurélio: "(...) há de se desprezar a interpretação simplesmente gramatical do disposto no inciso I do art. 142 do Código Penal, entendendo-se albergadas pela imunidade situações reveladoras de defesa em processos que tramitam na fase administrativa".

62 Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, v. e.g.: "Através da interpretação não se pode dar a uma lei inequívoca em seu texto e em seu sentido, um sentido oposto; não se pode determinar de novo, no fundamental, o conteúdo normativo da norma que há de ser interpretada; não se pode faltar ao objetivo do legislador em um ponto essencial". BVerfGE, 11, 126 (130). V. Klaus Stern, Derecho dei Estado de la República Federal alemana, 1987, p. 283. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 1:314, Rep. 1.417/DF, Rei. Min. Moreira Alves: "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 a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo".

países do common lauf*, o fato é que na tradição romano-germânica os trabalhos legislativos e a intenção do legislador - conteúdos primários da interpretação histórica -, sem serem irrelevantes, não são, todavia, decisivos na fixação de sentido das normas jurídicas. À medida que a Constituição e as leis se distanciam no tempo da conjuntura histórica em que foram promulgadas, a vontade subjetiva do legislador (mens legislatoris) vai sendo substituída por um sentido autônomo e objetivo da norma (mens legis)[64], que dá lugar, inclusive, à construção jurídica e à interpretação evolutiva (v. supra).

A interpretação histórica, no entanto, pode assumir relevância maior em situações específicas. Este será o caso quando se pretenda dar a uma norma sentido que tenha sido expressamente rejeitado durante o processo legislativo. Foi o que se passou com a instituição, entre nós, de contribuição previdenciá- ria sobre os proventos dos inativos. Durante a tramitação da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, a cláusula destinada a introduzir na Constituição a necessária autorização para tal cobrança foi expressamente suprimida, por decisão dos líderes partidários. Posteriormente, lei federal pretendeu criar o mesmo tributo, procurando dar à referida EC n. 20/98 interpretação que o respaldaria. O Supremo Tribunal Federal declarou a lei inconstitucional, tendo como um dos fundamentos a interpretação histórica[65]. Exemplo caricato de interpretação histórica não evolutiva foi dado pela Suprema Corte americana, ao considerar que interceptação telefônica não violava a 4ª Emenda (que veda provas ilegais e buscas e apreensões sem ordem judicial) porque, quando seu texto foi redigido, em 1791, não existia telefone[66].

63 Rememore-se que, dentre os métodos de interpretação debatidos na doutrina norte- -americana, tem relevo o originalismo, que prega fidelidade à intenção original dos elabora- dores da Constituição, cujo texto, como se sabe, remonta a 1787.

64 Sobre o ponto, v. na jurisprudência do STF, e.g; DJU, 3

mar. 2005, AI 401.337/PE, decisão monocrática, Rei. Min. Celso de Mello: "Em suma: a lei vale por aquilo que nela se contém e que decorre, objetivamente, do discurso normativo nela consubstanciado, e não pelo que, no texto legal, pretendeu incluir o legislador, pois, em havendo divórcio entre o que estabelece o diploma legislativo ('mens legis') e o que neste buscava instituir o seu autor ('mens legislatoris'), deve prevalecer a vontade objetiva da lei, perdendo em relevo, sob tal perspectiva, a indagação histórica em torno da intenção pessoal do legislador".

65 STF, DJU, 12 abr. 2002, ADInMC 2.010/DF, Rei. Min. Celso de Mello: "Debates parlamentares e interpretação da Constituição. O argumento histórico, no processo de interpretação constitucional, não se reveste de caráter absoluto. Qualifica-se, no entanto, como expressivo elemento de útil indagação das circunstâncias que motivaram a elaboração de determinada norma inscrita na Constituição, permitindo o conhecimento das razões que levaram o constituinte a acolher ou a rejeitar as propostas que lhe foram submetidas". Alguns anos depois, a cobrança de contribuição previdenciária de inativos e pensionistas veio a ser determinada pela Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.2003.

66 V. Olmstead v. United States, 277 U.S. 438, 1928.

2.3 Interpretação sistemática[67]

A ordem jurídica é um sistema e, como tal, deve ser dotada de unidade e harmonia[68]. A Constituição é responsável pela unidade do sistema, ao passo que a harmonia é proporcionada pela prevenção ou pela solução de conflitos normativos. Os diferentes ramos do Direito constituem subsistemas fundados em uma lógica interna e na compatibilidade externa com os demais subsistemas. A Constituição, além de ser um subsistema normativo em si, é também fator de unidade do sistema como um todo, ditando os valores e fins que devem ser observados e promovidos pelo conjunto do ordenamento[69]. Como se explorará em detalhe mais adiante, interpretam-se todas as normas conforme a Constituição. A interpretação sistemática disputa com a teleológica a primazia no processo de aplicação do Direito[70].

No tocante à harmonia, é certo que o Direito não tolera antinomias[71]. Quando uma nova Constituição entra em vigor, ela produz impacto sobre a ordem constitucional e sobre a ordem infraconstitucional preexistentes. Quanto às normas constitucionais anteriores, elas são inteiramente revogadas, de vez que há uma substituição de sistema. No que diz respeito ao direito infraconstitucional, as normas incompatíveis ficam automaticamente revogadas; já as que são compatíveis são revivificadas, passando a viger sob novo fundamento de validade e, consequentemente, sujeitas a novas dimensões de sentido. Os conflitos entre normas infraconstitucionais são resolvidos por três critérios tradicionais: hierárquico, cronológico e da especialização[72]. Mais

67 Juarez Freitas, A interpretação sistemática do Direito,

2002.

68 V. Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito, 1996, p. 12 es.

69 V. Eros Roberto Grau, Ensaio e discurso sobre a interpretação /aplicação do Direito, 2002, p. 34: "Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado algum".

70 STF, DJU, 21 set. 1973, Rep. 846/RJ, Rei. Min. Antônio Neder, Representações por inconstitucionalidade: dispositivos de Constituições estaduais, 1976, t. II, p. 107: "(A) interpretação sistemática (é) a mais racional e científica, e a que mais se harmoniza com o método do Direito Constitucional, exatamente a que aproxima da realidade o intérprete"; e tb. STF, DJU, 19 dez. 2002, RE 254.218/PR, Rei. Min. Sepúlveda Pertence: "A inadmissibilidade da medida provisória em matéria penal é extraída pela doutrina consensual da interpretação sistemática da Constituição" (texto ligeiramente editado).

71 Sobre o ponto, v. Norberto Bobbio, Teoria do ordenamento jurídico, 1990, p. 81 e s.

72 Pelo critério hierárquico, lei superior prevalece sobre a inferior. Assim, se o regulamento estiver em contrariedade com a lei, é a lei que será aplicada; se a lei contravier a Constituição, vale a Constituição. Note-se que se a lei superior for subsequente à inferior, revoga-a; se for

recentemente, a doutrina e a jurisprudência passaram a reconhecer e a lidar com a possibilidade de colisões entre normas constitucionais, tendo desenvolvido categorias que serão referidas mais à frente, como a teoria dos limites imanentes e a ponderação.

2.4 Interpretação teleológica

O Direito não é um fim em si mesmo, e todas as formas devem ser instrumentais. Isso significa que o Direito existe para realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica, à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social. No direito constitucional positivo brasileiro existe norma expressa indicando as finalidades do Estado, cuja consecução deve figurar como vetor interpretativo de todo o sistema jurídico. De fato, colhe-se na letra expressa do art. 3- da Constituição:

"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 marginalização e reduzir as desigualdades sociais

e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de

origem, raça, sexo,

cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Como assinalado acima, não se devem sacrificar os fins às formas. Há autores, inclusive, que proclamam merecer o elemento teleológico preponderância na interpretação constitucional[73]. É bem de ver, no entanto, que a interpretação teleológica não pode servir para chancelar o utilitarismo, o pragmatismo e o consequencialismo quando isso importe em afronta aos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente. Em uma ordem jurídica lastreada na ética, os fins devem reverenciar os valores. A interpretação teleológica é freqüentemente invocada pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais Superiores.

anterior a ela, torna-a inválida. Por exemplo: uma nova Constituição ou uma emenda constitucional revoga a lei anterior incompatível. Se a Constituição já estava em vigor quando da edição da lei incompatível, esta será inválida, por vício de inconstitucionalidade. Pelo critério cronológico, a lei posterior revoga a anterior, como consta da letra expressa do art. 2ª da LICC. O terceiro critério é o da especialização: como regra, a lei especial prevalece sobre a geral na situação específica para a qual foi criada, sem afetar, contudo, quer a validade, quer a vigência da lei geral. Podem conviver, assim, e.g., uma lei geral para os servidores públicos com leis específicas para magistrados ou para militares.

73 Nesse sentido, v. Carlos Maximiliano, Hermenêutica e aplicação do Direito, 1981, p. 314.

A esse propósito, em um conjunto de decisões acerca do tema das inelegibili- dades - GF, art. 14, §§ 6", 7- e 9- - a jurisprudência, captando o fim último visado pela disciplina da matéria, assentou que: (i) quem não pode candidatar-se a titular do cargo, também não pode concorrer como vice[74]; (ii) havendo separação de fato reconhecida por sentença, deixa de existir o parentesco que gerava a inelegibilidade[75]; (iii) as partes de uma relação estável homossexual sujeitam-se à mesma inelegibilidade que se aplica à união estável entre homem e mulher e ao casamento[76].

3 A metodologia da interpretação constitucional tradicional

Um típico operador jurídico formado na tradição romano-germânica, como é o caso brasileiro, diante de um problema que lhe caiba resolver, adotará uma linha de raciocínio semelhante à que se descreve a seguir. Após examinar a situação de fato que lhe foi trazida, irá identificar no ordenamento positivo a norma que deverá reger aquela hipótese. Em seguida, procederá a um tipo de raciocínio lógico, de natureza silogística, no qual a norma será a premissa maior, os fatos serão a premissa menor e a conclusão será a conseqüência do enquadramento dos fatos à norma. Esse método tradicional de aplicação do Direito, pelo qual se realiza o enquadramento dos fatos na previsão da norma e pro- .nuncia-se uma conclusão, denomina-se método subsuntivo.

Esse modo de raciocínio jurídico utiliza, como premissa de seu desenvolvimento, um tipo de norma jurídica que se identifica como regra. Regras são normas que especificam a conduta a ser seguida por seus destinatários. O papel do intérprete, ao aplicá-las, envolve uma operação relativamente simples de verificação da ocorrência do fato constante do seu relato e de declaração da conseqüência jurídica correspondente. Por exemplo: nos termos do art. 40, § l[S],

74 STF, DJU, 30 abr. 1993, RE 158.654/AL, Rei. Min. Celso de Mello: "A interpretação teleológica do art. 14, § 5[2], da Constituição objetiva impedir que se consume qualquer comportamento fraudulento que, lesando o postulado da irreelegibilidade do Prefeito municipal, viabilize, ainda que por via indireta, o acesso do Chefe do Executivo local a um segundo mandato, cujo exercício, em período imediatamente sucessivo, lhe é categoricamente vedado pela norma constitucional".

75 STF, DJU, 9 set. 2005, RE 446.999/PE, Rei. Min. Ellen Gracie: "Interpretação teleológica da regra de inelegibilidade. (...) Havendo a sentença reconhecido a ocorrência de separação de fato em momento anterior ao início do mandato do ex-sogro do recorrente, não há falar em perenização no poder da mesma família".

76 TSE, publicado em sessão em l[2] out. 2004, REE 24.564/PA, Rei. Min. Gilmar Mendes: "Candidata a cargo de Prefeito. Relação estável homossexual com a Prefeita reeleita do município. Inelegibilidade. (...) Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7-, da Constituição Federal".

II, da Constituição, a aposentadoria compulsória do servidor público se dá aos 70 anos (regra); José, serventuário da Justiça, completou 70 anos (fato); José passará automaticamente para a inatividade (conclusão). A interpretação jurídica tradicional, portanto, tem como principal instrumento de trabalho a figura normativa da regra.

A atividade de interpretação descrita acima utiliza-se de um conjunto tradicional de elementos de interpretação, que foram estudados nos itens anteriores. São eles instrumentos que vão permitir ao intérprete em geral, e ao juiz em particular, a revelação do conteúdo, sentido e alcance da norma. Sob essa perspectiva, o Direito - i.e., a resposta para o problema - já vêm contido no texto da lei. Interpretar é descobrir essa solução previamente concebida pelo legislador. Mais ainda: o ordenamento traz em si uma solução adequada para a questão. O intérprete, como conseqüência, não faz escolhas próprias, mas revela a que já se contém na norma. O juiz desempenha uma função técnica de conhecimento, e não um papel de criação do Direito.

A interpretação jurídica tradicional, portanto, desenvolve-se pelo método subsuntivo, fundado em um modelo de regras que reserva ao intérprete um papel estritamente técnico de revelação do sentido de um

Direito integralmente contido na norma legislada. O desenvolvimento de alguns princípios específicos de interpretação constitucional, estudados a seguir, apurou o processo de interpretação constitucional sem subverter, contudo, as premissas metodológicas aqui identificadas.

4 Princípios instrumentais de interpretação constitucional

As normas constitucionais são espécies de normas jurídicas. Aliás, a conquista desse status fez parte do processo histórico de ascensão científica e institucional da Constituição, libertando-a de uma dimensão estritamente política e da subordinação ao legislador infraconstitucional. A Constituição é dotada de força normativa e suas normas contêm o atributo típico das normas jurídicas em geral: a imperatividade. Como conseqüência, aplicam-se direta e imediatamente às situações nelas contempladas e sua inobservância deverá deflagrar os mecanismos próprios de sanção e de cumprimento coercitivo.

Por serem as normas constitucionais normas jurídicas, sua interpretação serve-se dos conceitos e elementos clássicos da interpretação em geral[77]. Todavia,

77 Além dos elementos clássicos, como o gramatical, histórico, sistemático e teleológico, estudados no tópico anterior, vale-se das múltiplas categorias desenvolvidas pela hermenêutica, como a interpretação declarativa, restritiva e extensiva, a analogia, o costume, dentre muitas outras. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 2004.

conforme já estudado (v. supra), as normas constitucionais apresentam determinadas especificidades que as singularizam, dentre as quais é possível destacar: a) a superioridade jurídica; b) a natureza da linguagem; c) o conteúdo específico; d) o caráter político. Em razão disso, desenvolveram-se ou sistematizaram-se categorias doutrinárias próprias, identificadas como princípios específicos ou princípios instrumentais de interpretação constitucional.

Impõe-se, nesse passo, uma qualificação prévia. O emprego do termo princípio, nesse contexto, prende-se à proeminência e à precedência desses mandamentos dirigidos ao intérprete, e não propriamente ao seu conteúdo, à sua estrutura ou à sua aplicação mediante ponderação. Os princípios instrumentais de interpretação constitucional constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta. Nenhum deles encontra-se expresso no texto da Constituição, mas são reconhecidos pacificamente pela doutrina e pela jurisprudência.

O catálogo a seguir enunciado afigura-se como o mais adequado, sob uma perspectiva contemporânea brasileira. Como intuitivo, toda classificação tem um componente subjetivo e até mesmo arbitrário. Nada obstante, parece ter resistido ao teste do tempo a sistematização que identifica os seguintes princí- • pios instrumentais de interpretação

constitucional[78]:

a) princípio da supremacia da Constituição;

b) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público;

c) princípio da interpretação conforme a Constituição;

d) princípio da unidade da Constituição;

e) princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade;

78 Essa foi a ordenação da matéria proposta em nosso Interpretação e aplicação da Constituição, cuja l[1] edição é de 1995. Autores alemães e portugueses de grande expressão adotam siste- matizações diferentes, mas o elenco acima parece o de maior utilidade, dentro de uma perspectiva brasileira de concretização da Constituição. Na doutrina brasileira mais recente, embora de forte influência germânica, destaca-se o tratamento dado ao tema por Humberto Ávila, em seu Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos), 2003. Propõe ele a superação do modelo dual de separação regras-princípios pela criação de uma terceira categoria normativa: a dos postulados normativos aplicativos. Seriam eles "instrumentos normativos metódicos" que imporiam "condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo". Em alguma medida, tal categoria se aproxima daquilo que temos designado de princípios instrumentais de interpretação constitucional. Todavia, sua classificação é bem distinta, nela se identificando o que denomina postulados inespecí- ficos (ponderação, concordância prática e proibição de excesso) e postulados específicos (igualdade, razoabilidade e proporcionalidade).

f) princípio da efetividade.

A seguir, breve comentário objetivo acerca de cada um deles.

4.1 Princípio da supremacia da Constituição

O poder constituinte cria ou refunda o Estado, por meio de uma Constituição. Com a promulgação da Constituição, a soberania popular se converte em supremacia constitucional. Do ponto de vista jurídico, este é o principal traço distintivo da Constituição: sua posição hierárquica superior às demais normas do sistema. A Constituição é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário - isto é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral - porque fruto de uma manifestação especial da vontade popular, em uma conjuntura própria, em um momento constitucional (v. supra). A supremacia da Constituição é um dos pilares do modelo constitucional contemporâneo, que se tornou dominante em relação ao modelo de supremacia do Parlamento, residualmente praticado em alguns Estados democráticos, como o Reino Unido e a Nova Zelândia. Note-se que o princípio não tem um conteúdo material próprio: ele apenas impõe a primazia da norma constitucional, qualquer que seja ela.

Como conseqüência do princípio da supremacia constitucional, nenhuma lei ou ato normativo - a rigor, nenhum ato jurídico - poderá

subsistir valida- mente se for incompatível com a Constituição. Para assegurar essa superioridade, a ordem jurídica concebeu um conjunto de mecanismos destinados a. invalidar e/ou paralisar a eficácia dos atos que contravenham a Constituição, conhecidos como controle de constitucionalidade. Assim, associado à superlegali- dade da Carta Constitucional, existe um sistema de fiscalização judicial da validade das leis e atos normativos em geral. No Brasil, esse controle é desempenhado por meio de dois ritos diversos:

a) a via incidental, pela qual a inconstitucionalidade de uma norma pode ser suscitada em qualquer processo judicial, perante qualquer juízo ou tribunal, cabendo ao órgão judicial deixar de aplicar a norma indigita- da ao caso concreto, se considerar fundada a arguição;

b) a via principal, pela qual algumas pessoas, órgãos ou entidades, constantes do art. 103 da Constituição Federal, podem propor uma ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, na qual se discutirá a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, em tese, de determinada lei ou ato normativo.

Em síntese: a especificidade da interpretação constitucional decorre, em primeiro lugar, da supremacia da Constituição, cujas normas condicionam a validade e o sentido de todo o ordenamento jurídico.

4.2 Princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos

As leis e atos normativos, como os atos do Poder Público em geral, desfrutam de presunção de validade. Isso porque, idealmente, sua atuação se funda na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, no dever de promoção do interesse público e no respeito aos princípios constitucionais, inclusive e sobretudo os que regem a Administração Pública (art. 37). Tra- ta-se, naturalmente, de presunção iuris tantum, que admite prova em contrário. O ônus de tal demonstração, no entanto, recai sobre quem alega a invalidade ou, no caso, a inconstitucionalidade. Este, aliás, é o papel de uma presunção em Direito: determinar que o ônus da prova é da parte que pretende infirmá-la.

Pois bem. Em um Estado constitucional de direito, os três Poderes interpretam a Constituição. De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, por sua vez, tanto normativa como concretiza- dora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. O Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Constituição, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes.

A presunção de constitucionalidade, portanto, é uma decorrência do princípio da separação de Poderes e funciona como fator de autolimitação da atuação judicial. Em razão disso, não devem juizes e

tribunais, como regra, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando:

a) a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para preservação da norma[79];

b) seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação de ato de outro Poder;

c) existir interpretação alternativa possível, que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição.

Esta última possibilidade, que envolve aspectos da interpretação conforme a Constituição, será examinada no próximo item.

79 Consoante jurisprudência firme do STF, a inconstitucionalidade nunca se presume. A violação há de ser manifesta (Revista Trimestral de Jurisprudência, 66:631, Rep 881 IMG, Rei. Min. Djaci Falcão), militando a dúvida em favor da validade da lei.

4.3 Princípio da interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme a Constituição, categoria desenvolvida amplamente pela doutrina e pela jurisprudência alemãs, compreende sutilezas que se escondem por trás da designação truística do princípio. Destina-se ela à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais. Como se depreende da assertiva precedente, o princípio abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade.

Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juizes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição. Um exemplo: depois de alguma hesitação, a jurisprudência vem reconhecendo direitos pre- videnciários a parceiros que vivem em união estável homoafetiva (i.e., entre pessoas do mesmo sexo). Mesmo na ausência de norma expressa nesse sentido, essa é a inteligência que melhor realiza a vontade constitucional, por impedir a desequiparação de pessoas em razão de sua orientação sexual[80].

Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, infirma uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e afirma outra, que compatibiliza a norma com a Constituição. Trata-se de uma atuação "corretiva", que importa na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto[81]. Figura próxima, mas não equivalente, é a da interpretação conforme a Cons

80 V. STJ, DJU, 6 fev. 2006, REsp 395.904/RS, Rei. Min. Hélio Quaglia Barbosa: "Recurso especial. Direito previdenciário. Pensão por

morte. Relacionamento homoafetivo. Possibilidade de concessão do benefício. (...) Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos pattindo da própria Carta Política de 1988. (...) Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafe- tivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito". Em sentido ainda mais amplo, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar, vejam-se dois votos proferidos por Ministros do STF: o Min. Marco Aurélio, na Pet. 1.984/RS, j. 10.2.2003; e o Min. Celso de Mello, na ADIn 3.300/DF, DJU, 9 fev. 2006 (Inf. STF, n. 414).

81 STF, Revista Trimestral de Jurisprudência, 744.146, ADIn 581/DF, Rei. Min. Marco Aurélio, voto do Min. Celso de Mello: "A incidência desse postulado permite, desse modo, que, reconhecendo-se legitimidade constitucional a uma determinada proposta interpretativa, excluam-se as demais construções exegéticas propiciadas pelo conteúdo normativo do ato questionado".

tituição para declarar que uma norma válida e em vigor não incide sobre determinada situação de fato[82]. Em qualquer caso, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto[83].

Em suma, a interpretação conforme a Constituição pode envolver a mera interpretação adequada dos valores e princípios constitucionais, ou a declaração de inconstitucionalidade de uma das interpretações possíveis de uma norma ou, ainda, a declaração de não incidência da norma a determinada situação de fato, por importar em violação da Constituição.

4.4 Princípio da unidade da Constituição

Já se consignou que a Constituição é o documento que dá unidade ao sistema jurídico, pela irradiação de seus princípios aos diferentes domínios infracons- titucionais. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas. A superior hierarquia das normas constitucionais impõe-se na determinação de sentido de todas as normas do sistema.

O problema maior associado ao princípio da unidade não diz respeito aos conflitos que surgem entre as normas infraconstitucionais ou entre estas e a Constituição, mas sim às tensões que se estabelecem dentro da própria Constituição. De fato, a Constituição é um documento dialético, fruto do debate e da composição política. Como conseqüência, abriga no seu corpo valores e interesses contrapostos. A livre iniciativa é um princípio que entra em rota de colisão, por exemplo, com a proteção do consumidor ou com restrições ao capital estrangeiro. Desenvolvimento pode confrontar-se com proteção do meio ambiente. Direitos fundamentais interferem entre si, por vezes em casos extremos, como ocorre no choque

entre liberdade religiosa e direito à vida ou na hipótese de recusa de certos tratamentos médicos, como transfusões de sangue, sustentada pelos fiéis de determinas confissões. Nesses casos, como intuitivo, a solução das colisões entre normas não pode beneficiar-se, de maneira significativa, dos critérios tradicionais.

82 V. STF, ADIn 1.946-5/DF, DJU, 16 maio 2003, Rei. Min. Sydney Sanches. Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal deu "interpretação conforme a Constituição" a dispositivo da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, para excluir de sua incidência o salário da licença-gestante, que do contrário ficaria drasticamente afetado.

83 Na jurisprudência do STF, veja-se novamente o seguinte acórdão: Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, l\314, Rep. 1.417/DF, Rei. Min. Moreira Alves: "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 a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo". Na doutrina, v. Gilmar Ferreira Mendes, Jurisdição constitucional, 1998, p. 268 e s.

Em primeiro lugar, e acima de tudo, porque inexiste hierarquia entre normas constitucionais. Embora se possa cogitar de certa hierarquia axiológica, tendo em vista determinados valores que seriam, em tese, mais elevados -• como a dignidade da pessoa humana ou o direito à vida - a Constituição contém previsões de privação de liberdade (art. 5-, XLVI, a) e até de pena de morte (art. 5-, XLVII, a). Não é possível, no entanto, afirmar a inconstitucionalidade dessas disposições, frutos da mesma vontade constituinte originária. Por essa razão, uma norma constitucional não pode ser inconstitucional em face de outra[84].

O critério cronológico é de valia apenas parcial. É que, naturalmente, as normas integrantes da Constituição originária são todas promulgadas na mesma data. Logo, em relação a elas, o parâmetro temporal é ineficaz. Restam apenas as hipóteses em que emendas constitucionais revoguem dispositivos suscetíveis de ser reformados, por não estarem protegidos por cláusula pétrea. Também o critério da especialização será insuficiente para resolver a maior parte dos conflitos porque, de ordinário, normas constitucionais contêm proposições gerais, e não regras específicas.

Portanto, na harmonização de sentido entre normas contrapostas, o intérprete deverá promover a concordância prática[85] entre os bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um. Em algumas situações, precisará

84 A matéria é pacífica entre nós, como assinalado no capítulo dedicado ao poder constituinte (v. supra). Rememore-se a posição do STF a respeito: DJU, 10 maio 1996, ADIn 815-' 3/DF, Rei. Min. Moreira Alves: "A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais

originárias, dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompossível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna 'compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição' (artigo 102, 'caput'), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido". Na mesma linha, STF, DJU, 9 fev. 2006, ADInMC 3.300/DF, Rei. Min. Celso de Mello, enfatizando a "impossibilidade jurídica de se proceder à fiscalização normativa abstrata de normas constitucionais originárias".

85 Sobre concordância prática, v. Konrad Hesse, La interpretación constitucional, in Escritos de derecho constitucional, 1983, p. 48; v. tb. Humberto Ávila, Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos), 2003, p. 88.

recorrer a categorias como a teoria dos limites imanentes[86]: os direitos de uns têm de ser compatíveis com os direitos de outros. E em muitas situações, inexoravelmente, terá de fazer ponderações, com concessões recíprocas e escolhas. Adiante se voltará ao ponto.

4.5 Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade já foi objeto de análise no tópico dedicado à construção do pós-positivismo (v. supra) e voltará a ser tratado mais à frente, no tópico dedicado à aplicação prática dos princípios. Sua recorrência no presente trabalho apenas revela a importância que tal princípio assumiu na dogmática jurídica contemporânea, tanto por sua dimensão instrumental quanto material. Apenas para que não se deixe de registrar sua importância como princípio específico de interpretação constitucional, faz-se a breve anotação abaixo.

O princípio da razoabilidade-proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível[87], não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento nas idéias de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se

86 Sobre a teoria dos direitos imanentes, em língua portuguesa, v. Jane Reis Gonçalves Pereira, Interpretação constitucional e direitos fundamentais, 2006, p. 182 e s.: "A doutrina da imanência busca justificar dogmaticamente o reconhecimento de limites não expressamente

previstos no texto da Constituição, tendo sido elaborada com base em duas premissas genericamente aceitas no pensamento jurídico: i) a idéia de que os direitos fundamentais não são absolutos nem podem ser invocados em todas as situações; e ii) a noção de que os direitos das pessoas devem ser harmonizados entre si". V. tb. Luís Virgílio Afonso da Silva, O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, mimeografa- do, 2005, p. 168 e s.

87 Como já assinalado previamente, a idéia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norte-americano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do common law, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte isto, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do Executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis. Este é o ponto de vista que tenho sustentado desde a Iª edição de meu Interpretação e aplicação da Constituição, que é de 1995. No sentido do texto, v. por todos Fábio Corrêa Souza de Oliveira, Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade, 2003, p. 81 e s.

de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravo- so para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto.

4.6 Princípio da efetividade

Por força de sua importância decisiva no constitucionalismo contemporâneo, e especialmente no brasileiro, o tema da efetividade das normas constitucionais mereceu um longo tópico em capítulo anterior (v. supra, Parte I, Cap. VII). Ali foram estudados o conceito de efetividade, os direitos subjetivos constitucionais e a inconstitucionalidade por omissão, temas centrais nessa matéria. A doutrina da efetividade sofreu, nos últimos anos, o influxo da teoria dos princípios e da sofisticada produção acadêmica acerca dos direitos fundamentais. _ Por simplificação, remete-se o leitor àquelas anotações prévias. Apenas para não cortar a linearidade da exposição, faz-se o registro abaixo.

Consoante doutrina clássica, os atos jurídicos em geral, inclusive as normas jurídicas, comportam análise em três planos distintos: os da sua existência, validade e eficácia. No período imediatamente anterior e ao longo da vigência da Constituição de 1988, consolidou-se um quarto plano fundamental de apreciação das normas constitucionais: o da sua efetividade. Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social[88]. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.

88 Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2006.

CAPÍTULO IV

NOVOS PARADIGMAS E CATEGORIAS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL'

Sumário: I - Premissas metodológicas da nova interpretação constitucional. 1. A norma, o problema e o intérprete. 2. Algumas categorias jurídicas utilizadas pela nova interpretação constitucional. II - Os conceitos jurídicos indeterminados. III - A normatividade dos princípios. 1. Recapitulando os conceitos fundamentais. 2. Modalidades de eficácia dos princípios constitucionais. 2.1. Eficácia direta. 2.2. Eficácia interpretativa. 2.3. Eficácia negativa. 3. Algumas aplicações concretas dos princípios. IV-A colisão de normas constitucionais. V - A técnica da ponderação. VI - A argumentação jurídica. 1. Algumas anotações teóricas. 2. Alguns aspectos práticos.

I PREMISSAS METODOLÓGICAS DA NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição.

1 Ronald Dworkin, Freedom 's law: the moral reading of the American Constitution, 1996; Karl Larenz, Metodologia da ciência do Direito, 1997; Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, 2000; Jane Reis, Interpretação constitucional e direitos fundamentais, 2006; Cass R. Sunstein e Adrain Vermeule, Interpretation and institutions, 2006, disponível em: http://www.law.uchicago.edu/academics/pu- bliclaw/index.html (working paper n. 28); Oscar Vilhena Vieira, A moralidade da Constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein, in Virgílio Afonso da Silva (org.), Interpretação constitucional, 2005; Inocêncio Mártires Coelho, Interpretação constitucional, 2003; Aharon Barak, Constitutional interpretation, in Ferdinand Mélin-Soucramanien (org.), Uinterprétation constitutionnelle, 2005; Frederick Schauer e Virgínia J. Wise, The distinctive- ness of constitutional interpretation, 2006, mimeografado; Vicente de Paulo Barreto (org.). Dicionário de filosofia, 2006, verbetes: "Escola da Exegese" (Nelson Saldanha); "Escola do Direito Livre" (Maria Lúcia de Paula Oliveira); "Hermenêutica jurídica" (Lenio Streck); "Interpretação" (Eros Roberto Grau); "Realismo jurídico" (Fernando Galvão de Andréa Ferreira); Rodolfo L. Vigo, Interpretación jurídica, 1999; Philip Bobbit, The modalities of constitutional argument, in Constitutional interpretation, 1991; Louis E. Wolcher, A philosophical investigation into methods of constitutional interpretation in the United States and the United Kingdom, Virgínia Journal of Social Policy & the Law, 13:239, 2006; Michel Troper, Uinterprétation constitutionnelle, in Uinterprétation constitutionnelle, 2005; Marcelo Neves, A interpretação jurídica no Estado democrático de direito, in Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (org.), Direito constitucional: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides, 2001; Carlos Maximiliano, Hermenêutica e aplicação do Direito, 1981; Richard H. Fallon Jr., How to choose a constitutional theory, Califórnia Law Review, 85:535, 1999; David Beatty, The forms and limits of constitutional interpretation, American Journal of Comparative Law, 49:79; George C. Christie e Patrick H. Martin, Jurisprudence: text and reading on the philosophy of law, 1999; Gerhardt, Rowe Jr., Brown & Spann, Constitutional theory: arguments and perspectives, 2000.

Não importa em desprezo ou abandono do método clássico - o subsuntivo, fundado na aplicação de regras - nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.

Mesmo no quadro da dogmática jurídica tradicional, já haviam sido sistematizados diversos princípios específicos de interpretação da Constituição, aptos a superar as limitações da interpretação jurídica convencional, concebida sobretudo em função da legislação infraconstitucional e, mais especialmente, do direito civil[2]. A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma

constatação que, além de singela, nem sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral - e as constitucionais em particular - tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. No Direito contemporâneo, mudaram o papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido e do intérprete.

1 A norma, o problema e o intérprete

A interpretação tradicional punha ênfase quase integral no sistema jurídico, na norma jurídica que deveria ser interpretada e aplicada ao caso concreto. Nela estaria contida, em caráter geral e abstrato, a prescrição que deveria reger' a hipótese. O problema, por sua vez, deveria oferecer os elementos fáticos sobre os quais incidiria a norma, o material que nela se subsumiria. E o intérprete, por fim, desempenharia a função técnica de identificar a norma aplicável, de revelar o seu sentido e fazê-la incidir sobre os fatos do caso levado a sua apreciação. Nesse ambiente, que se pode identificar como liberal-positivista, acreditava-se piamente na objetividade da atividade interpretativa e na neutralidade do intérprete. Para bem e para mal, a vida não é assim.

Na interpretação constitucional contemporânea, a norma jurídica já não é percebida como antes. Em primeiro lugar porque, em múltiplas situações, ela fornece apenas um início de solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para determinação do seu sentido. É o que resulta da utilização, freqüente nos textos constitucionais, da técnica legislativa que recorre a cláusulas gerais (v. infra). E, em segundo lugar, porque vem conquistando

2 Tais princípios instrumentais foram estudados no capítulo anterior e compreendem os da supremacia, da presunção de constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição, da unidade, da razoabilidade-proporcionalidade e da efetividade.

crescente adesão na ciência jurídica a tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo - que corresponde ao texto de um ou mais dispositivos -, sendo, na verdade, o produto da interação texto/realidade. Nessa visão, não existe norma em abstrato, mas somente norma concretizada.

Nesse cenário, o problema deixa de ser apenas o conjunto de fatos sobre o qual irá incidir a norma, para se transformar no fornecedor de parte dos elementos que irão produzir o Direito. Em múltiplas situações, não será possível construir qualquer solução jurídica sem nela integrar o problema a ser resolvido e testar os sentidos e resultados possíveis. Esse modo de lidar com o Direito é mais típico dos países da tradição do common law, onde o raciocínio jurídico é estruturado a partir dos fatos, indutivamente, e não a partir da norma, dedutivamente. No entanto, em países da família romano-germânica, essa perspectiva recebeu o impulso da Tópica, cuja aplicação ao Direito beneficiou-se da obra seminal de Theodor

Viehweg, e de seu método de formulação da solução juridicamente adequada a partir do problema concreto[3] (v. supra). Embora não tenha sido vitoriosa como método autônomo, a Tópica contribuiu de maneira decisiva para a percepção de que fato e realidade são elementos decisivos para a atribuição de sentido à norma, mitigando o poder da norma abstrata e o apego exagerado a uma visão sistemática do Direito[4].

3 V. Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito, 2002, p. 277. Embora o pensamento do autor seja, em princípio, infenso à tópica, reconhece ele que a positivação de normas de textura aberta dá espaço à utilização do referido método, sem perder de vista, contudo, a primazia das conexões sistemáticas que conferem legitimidade ã interpretação jurídica. Textualmente: "Não há, assim, uma alternativa rígida entre o pensamento tópico e o sistemático, mas antes uma complementação mútua. Quão longe vai um ou outro determina-se, em termos decisivos, de acordo com a medida das valorações jurídico-positivas existentes - assim se explicando também o facto de a tópica jogar um papel bastante maior em setores fortemente marcados por cláusulas gerais como o Direito constitucional ou em áreas reguladas de modo muito lacunoso como o Direito internacional privado do que, por exemplo, no Direito imobiliário ou no Direito dos títulos de crédito". Sobre a tópica, especificamente, Theodor Viehweg, Tópica e jurisprudência, 1979 (a lª edição do original Topik und Jurisprudenz é de 1953).

4 Na doutrina nacional, v. Paulo Roberto Soares Mendonça, A tópica e o Supremo Tribunal Federal, 2003, que na conclusão de seu trabalho averbou (p. 387): "[O] imperativo de ordem sistemática, aplicado ao direito a partir da Era Moderna, pode ser harmonizado com raciocínios que levem em consideração o papel da casuística na construção do sistema jurídico. (...) A motivação das decisões judiciais é uma expressão da faceta argumentativa do direito, sendo inclusive um importante fator de legitimação dos tribunais superiores no Estado democrático de direito. Por um lado, a motivação traz fundamentos de ordem técnica para a decisão, dirigidos à comunidade jurídica; por outro, representa um discurso voltado a persuadir a sociedade como um todo da adequação da linha decisória adotada. Assim, ao fundamentar a sua decisão, o juiz faz uma costura entre o arcabouço conceituai e principiológico existente no sistema normativo e as peculiaridades do caso sob exame, o que traduz uma clara harmonização entre os pensamentos tópico e sistemático no direito".

Por fim, a dogmática contemporânea já não aceita o modelo importado do positivismo científico de separação absoluta entre sujeito da interpretação e objeto a ser interpretado. O papel do intérprete não se reduz, invariavelmente, a uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. Em variadas situações, o intérprete torna-se copar- ticipante do processo de criação do Direito,

completando o trabalho do constituinte ou do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Como conseqüência inevitável, sua pré-compreensão do mundo - seu ponto de observação, sua ideologia e seu inconsciente - irá influenciar o modo como apreende a realidade e os valores sociais que irão embasar suas decisões. Registre-se que juizes e tribunais são os intérpretes finais da Constituição e das leis, mas não são os únicos. Boa parte da interpretação e aplicação do Direito é feita, fora de situações contenciosas, por cidadãos ou por órgãos estatais[5].

2 Algumas categorias jurídicas utilizadas pela nova interpretação constitucional

Esses novos papéis reconhecidos à norma, ao problema e ao intérprete decorrem de fatores diversos, dentre os quais se podem assinalar: (i) a melhor compreensão de fenômenos que sempre existiram, mas não eram adequadamente elaborados; (ii) a maior complexidade da vida moderna, assinalada pela pluralidade de projetos existenciais e de visões de mundo, que comprometem as sistematizações abrangentes e as soluções unívocas para os problemas. Em razão dessas circunstâncias, a nova interpretação precisou desenvolver, reavi- • var ou aprofundar categorias específicas de trabalho, que incluem a atribuição de sentido a conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

Os denominados conceitos jurídicos indeterminados, por vezes referidos como cláusulas gerais[6], constituem manifestação de uma técnica legislativa que se

5 Peter Hàberle, Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição, 1997 (1- edição do original Die ojfene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation, 1975), p. 13: "Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição".

6 A rigor, a expressão cláusula geral designa o gênero, do qual são espécies os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios. Conceito jurídico indeterminado identifica um signo semântico ou técnico, cujo sentido concreto será fixado no exame do problema específico levado ao intérprete ou aplicador do Direito. Princípio, por sua vez, traz em si uma idéia de valor, um conteúdo axiológico. Por essa razão, calamidade pública é um conceito jurídico indeterminado; solidariedade é um princípio.

utiliza de expressões de textura aberta, dotadas de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A

norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social ou calamidade pública, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação.

O reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. supra). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.

A existência de colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais[7], passou a ser percebida como um fenômeno natural - até porque inevitável - no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre iniciativa e a proteção do consumidor, para citar dois exemplos bastante rotineiros. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nesses casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto, a partir das balizas contidas nos elementos normativos em jogo.

7 Note-se que os direitos fundamentais podem assumir a forma de princípios (liberdade, igualdade) ou de regras (irretroatividade da lei penal, anterioridade tributária). Ademais, há princípios que não correspondem a direitos fundamentais, embora possam promovê-los de forma indireta (livre iniciativa).

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos - hierárquico, cronológico e da especialização -

quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Esses são os casos difíceis, assim chamados por comportarem, em tese, mais de uma solução possível e razoável. Nesse cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. infra) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do bem ou direito que irá prevalecer em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade.

Chega-se, por fim, à argumentação, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões, especialmente as proferidas mediante ponderação. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes - por esta última, o juiz limitar-se-ia a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento - a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos[8].

Cada uma dessas categorias é estudada de modo mais analítico nos tópicos seguintes.

II OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A técnica de legislar por via de cláusulas gerais não constitui, a rigor, uma novidade do Direito contemporâneo, embora o seu uso tenha se expandido ao

8 Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade judicial, 2005. V. tb. Neil Maccormick, Legal reasoning and legal theory, 1978, que sistematiza como requisitos justificadores de uma decisão: a) o requisito da universalidade; b) o requisito da coerência e da consistência; c) o requisito consequencialista, que diz respeito aos efeitos prejudiciais ou benéficos por ela produzidos no mundo. Sobre o princípio da coerência, v. Marina Gaensly, 0 princípio da coerência: reflexões de teoria geral do Direito contemporânea, 2005.

longo da segunda metade do século XX. O recurso a essa forma de enun- ciação das normas jurídicas não é privativo do direito constitucional, encontrando-se disseminado pelos diferentes ramos jurídicos. A característica essencial das cláusulas gerais é o emprego de linguagem intencionalmente aberta e vaga, de modo a transferir para o intérprete o papel de completar o sentido da norma, à vista dos elementos do caso

concreto[9]. Na categoria ampla das cláusulas gerais situam-se os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios. Estes últimos se singularizam, dentre outros fatores, por sua carga axiológica e pela possibilidade de colisão. Aos princípios se dedicará o tópico seguinte.

Conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser dele extraído. Por essa razão, socorre-se ele de locuções como as que constam da Constituição brasileira de 1988, a saber: pluralismo político, desenvolvimento nacional, segurança pública, interesse público, interesse social, relevância e urgência, propriedade produtiva, em meio a muitas outras. Como natural, o emprego dessa técnica abre para o intérprete um espaço considerável - mas não ilimitado ou arbitrário - de valoração subjetiva. O exemplo abaixo serve para ilustrar o argumento.

No final do ano de 2001, faleceu precocemente uma cantora popufar de sucesso. Ela vivia com outra mulher uma relação homoafetiva estável de longa duração e possuía um filho de oito anos, cujo pai não era vivo. Com sua morte, disputaram a guarda do menino o avô materno, de um lado, e a companheira da cantora, de outro. Posta a questão em juízo, cumpria indagar qual o critério normativo apontado pelo ordenamento jurídico para a solução

9 V. Judith Martins-Costa, O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro, Revista de Informação Legislativa, 135:5, 1998, p. 8: "[A] cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', 'fluida' ou 'vaga', caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema" (grifos no original). Ainda sobre cláusulas gerais, especialmente em sua utilização pelo novo Código Civil, vejam-se: André Osório Gondinho, Codificação e cláusulas gerais, Revista Trimestral de Direito Civil, 2:4, 2000; Teresa Arruda Alvim Wambier, Uma reflexão sobre as "cláusulas gerais" do Código Civil de 2002 - a função social do contrato, Revista dos Tribunais, 831:59, 2005; Gustavo Tepedino, Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002, in Temas de direito civil, 2006, t. n.

do litígio. A Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a jurisprudência dos tribunais eram unívocos: a guarda deveria ser entregue ao postulante que satisfizesse o melhor interesse do menor. Indaga-se: isso significava deferir o pedido ao avô ou à companheira? Essa pergunta, como intuitivo, não comportava resposta em tese. A atribuição de sentido a essa cláusula aberta - melhor interesse do

menor - só poderia ser feita à luz dos elementos da realidade, que revelariam com quem a criança tinha relação afetiva mais intensa e qual das partes tinha maiores condições pessoais de de- sincumbir-se da missão[10].

Não se deve confundir o poder de valoração concreta dos conceitos jurídicos indeterminados com poder discricionário. Ambos têm em comum a impossibilidade de o Direito, em múltiplas situações, antecipar todas as hipóteses de incidência da norma e disciplinar em detalhe a conduta a ser seguida. Daí a necessidade de delegar parte da competência de formulação da norma ao seu intérprete e aplicador. No entanto, o papel que este irá desempenhar varia significativamente conforme se trate de um ou outro caso. Atribuir sentido a um conceito jurídico indeterminado envolve uma atuação predominantemente técnica, baseada em regras de experiência, em precedentes ou, eventualmente, em elementos externos ao Direito. Já o exercício de competência discricionária compreende a formulação de juízos de conveniência e oportunidade, caracterizando uma liberdade de escolha dentro do círculo pré-traçado pela norma de delegação[11].

Em suporte da distinção, cabe rememorar aqui a estrutura binária típica de uma norma de conduta, que contém (i) a previsão de um fato e (ii) a atribuição a ele de uma conseqüência jurídica. Pois bem: os conceitos jurídicos indeterminados integram a descrição do fato, ao passo que os juízos discricionários

10 A cantora era Cássia Eller e a ação tramitou perante a 2- Vara de Órfãos e Sucessões da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. As partes se compuseram, ficando a guarda e tutela com a companheira da cantora falecida.

11 Sobre o tema, v. Eduardo Garcia de Enterría, Democracia, jueces y control de la Adminis- tración, 1998, p. 134 e s. V. tb. Eros Roberto Grau, O Direito posto e o Direito pressuposto, 2003, p. 203: "É certo, contudo, não se operar no campo da discricionariedade da Administração o preenchimento dos 'conceitos jurídicos indeterminados'. (...) São distintas as técnicas da discricionariedade e da inserção, nos textos das normas, de 'conceitos indeterminados'. (...) A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos - porque a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração -, ao passo que a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei".

situam-se no plano das conseqüências jurídicas[12 e 13]. A não distinção entre as duas situações tem levado alguns tribunais a considerar que conceitos constitucionais, como, e.g., os de idoneidade moral e de reputação ilibada não são suscetíveis de controle judicial'[4]. Na verdade, conceitos indeterminados têm áreas de certeza positiva, de certeza

negativa e zonas de penumbra. Somente neste último caso é que o Judiciário deve abster-se de intervir. Feitos todos esses registros, deve-se reconhecer, no entanto, que em certas situações a diferenciação pode não ser tão simples e que pode haver superposição entre os dois conceitos[15].

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não apenas admite a sindi- cabilidade judicial dos conceitos jurídicos indeterminados como, ademais, já se

12 V. José Carlos Barbosa Moreira, Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, in Temas de direito processual, segunda série, 1988, p. 66, onde averbou: "Daí resulta que, no tratamento daqueles, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, in concreto, a coincidência ou a não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. Sucede o inverso, bem se compreende, quando a própria escolha da conseqüência é que fica entregue à decisão do aplicador".

13 Veja-se um exemplo. A Constituição prevê a possibilidade de desapropriação de uma propriedade rural improdutiva, para fins de reforma agrária (CF, arts. 184 e 185, II). Se a propriedade, por um critério razoável, for de fato improdutiva, o ato da União que vier a desapropriá-la não poderá ser impugnado judicialmente com sucesso. Por outro lado, mesmo a propriedade sendo improdutiva, o administrador público pode optar por não desapro- priá-la, por ter outras prioridades para aqueles recursos. Propriedade improdutiva é um conceito jurídico indeterminado: uma vez presentes os requisitos para caracterizá-lo, os efeitos se produzem (no caso, a validade da desapropriação). Desapropriação é uma competência discricionária: mesmo presentes os requisitos para sua prática, o administrador pode optar por não efetivá-la.

14 E.g., TJRJ, EI 1998.005.00011, j. 13 maio 1998, Rei. Des. Laerson Mauro: "Idoneidade moral e reputação ilibada, dois dos requisitos exigidos para a escolha e a nomeação do Conselheiro do Tribunal de Contas. Expressões de conceito indeterminado cuja valoração pertence exclusivamente ao legislativo, em relação ao preenchimento das vagas que lhe são consti- tucionalmente destinadas. Vale dizer, os critérios para aferição de idoneidade moral e reputação ilibada, 'in casu', são políticos e pertencem privativamente à Assembleia, apresentando conotação subjetiva. Trata-se de atuação 'interna corporis'. Logo, por serem critérios políticos, subjetivos e privativos da Assembleia, são, por lógica e técnica, conceptualmente discricionários, insuscetíveis, dessarte, ao controle do Poder Judiciário, pena de quebra daquele postulado insculpido no art. 3ª da Carta da República. Inconcebível que o Judiciário substitua, na escolha, os critérios políticos do Legislativo pelos seus, sabidamente técnicos".

15 V. Andreas J. Krell, A recepção das teorias alemãs sobre "conceitos jurídicos indeterminados" e o controle da discricionariedade no Brasil, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, p. 33 e s,, 2004. O autor procura demonstrar que a distinção rígida entre conceitos

jurídicos indeterminados e poder discricionário, que se tornou dominante na doutrina alemã nos anos 50 do século XX, já não desfruta da mesma aceitação entre os autores alemães mais modernos.

pronunciou incontáveis vezes acerca do sentido e alcance que deve ser dado a eles[16]. Nessa linha se inclui a aferição da presença da "relevância e urgência" para fins de edição de medida provisória (CF, art. 62)[17], a verificação da ocorrência de "excepcional interesse social" para negar efeito retroativo à declaração de inconstitucionalidade de lei (Lei n. 9.868/99, art. 27)[18] ou a fixação do sentido da expressão "crime político", para fins de determinação da competência da Justiça Federal (CF, art. 109, IV)[19]. Tudo isso demonstra que a atividade

16 STF, DJU, I[2] jul. 2005, RMS 24.699/DF, Rei. Min. Eros Grau: "A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de 'conceitos indeterminados' estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração".

17 STF, DJU, 23 abr. 2004, ADInMC 2.213/DF, Rei. Min. Celso de Mello: "A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, 'caput'). Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República".

18 STF, DJU, 15 abr. 2004, MC na AC 189/SP, Decisão monocrática, Rei. Min. Gilmar Mendes: "Nesses termos, resta evidente que a norma contida no art. 27 da Lei 9.868, de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados - segurança jurídica e excepcional interesse social - se revestem de base constitucional. (...) [N]o caso em tela, observa-se que eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito ex tunc ocasionaria repercussões em todo o sistema vigente, atingindo decisões que foram tomadas em momento anterior ao pleito 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, tal como a validade da deliberação da Câmara Municipal nos diversos projetos de leis aprovados. Anoto que, a despeito do caráter de cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado que marca o art. 282 (4), da Constituição portuguesa, a doutrina e jurisprudência entendem que a margem de escolha conferida ao Tribunal para a fixação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não legitima a adoção de decisões arbitrárias, estando condicionada pelo princípio de proporcionalidade".

19 STF, DJU, 22 set. 1995, RE 160.841/SP, Rei. Min. Sepúlveda Pertence: "Crime político: conceituação para o fim de verificar a competência da Justiça Federal, segundo a Constituição (art. 109, IV); dimensões constitucionais do tema. Quando, para a inteligência de uma norma constitucional, for necessário precisar um conceito indeterminado, a que ela mesma remeteu - como é o caso da noção de crime político, para a definição da competência dos juizes federais -, é imperativo admitir-se, no recurso extraordinário, indagar se, a pretexto de concretizá-lo, não terá, o legislador ou o juiz de mérito das instâncias ordinárias, ultrapassado as raias do âmbito possível de compreensão da noção, posto que relativamente imprecisa, de que se haja valido a Lei Fundamental".

de integração do sentido dessas cláusulas gerais é suscetível de controle judicial, que será mais forte nas áreas de certeza positiva e negativa e mais deferente nas zonas de penumbra.

III A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS[20]

1 Recapitulando os conceitos fundamentais

No Direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra - positivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Rememore-se que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para a interpretação e aplicação de regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica - previsibilidade e objetividade das condutas - e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto[21].

20 Ronald Dworkin, Taking rights seriously, 1997; Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, 1997; Josef Esser, Principio y norma en elaboración jurisprudencial dei derecho privado, 1961; J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional e teoria da Constituição, 2003, p. 1159 e s.; Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, 2004, p. 243 e s.; Karl Larenz, Metodologia da ciência do Direito, 1997; Eros Roberto Grau, A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica, 1996, p. 92 e s.; Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 2006; Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002, p. 40 e s., e Ponderação, racionalidade e

atividade jurisdicional, 2005, p. 166 e s.; Rodolfo L. Vigo, Los princípios jurídicos: perspectiva jurisprudencial, 2000, p. 9-20; Luis Prieto Sanchis, Sobre princípios y normas: problemas dei razonamiento jurídico, 1992; Inocêncio Mártires Coelho, Interpretação constitucional, 1997, p. 79 e s.; Humberto Ávila, Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos), 2003; Ruy Samuel Espíndola, Conceito de princípios constitucionais, 1999; Fábio Corrêa de Souza Oliveira, Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade, 2003, p. 17 e s.; Walter Claudius Rothenburg, Princípios constitucionais, 1999; David Diniz Dantas, Interpretação constitucional no pós-positivismo, 2005, p. 41 e s.

21 V. Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade prática e atividade jurisdicional, 2005, p. 186-187: "É possível identificar uma relação entre a segurança, a estabilidade e a previsibilidade e as regras jurídicas. Isso porque, na medida em que veiculam efeitos jurídicos determinados, pretendidos pelo legislador de forma específica, as regras contribuem para a maior previsibilidade do sistema jurídico. A justiça, por sua vez, depende em geral de normas mais flexíveis, à maneira dos princípios, que permitam uma adaptação mais livre às infinitas possibilidades do caso concreto e que sejam capazes de conferir ao intérprete liberdade de adaptar o sentido geral do efeito pretendido, muitas vezes impreciso e indeterminado, às peculiaridades da hipótese examinada. Nesse contexto, portanto, os princípios são espécies normativas que se ligam de modo mais direto à idéia de justiça. Assim, como esquema geral,

Como já assinalado, os princípios jurídicos, especialmente os de natureza constitucional, viveram um vertiginoso processo de ascensão, que os levou de fonte subsidiária do Direito, nas hipóteses de lacuna legal, ao centro do sistema jurídico. No ambiente pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, os princípios constitucionais se transformam na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico. Há consenso na dogmática jurídica contemporânea de que princípios e regras desfrutam igualmente do status de norma jurídica, distinguindo-se uns dos outros por critérios variados, dentre os quais foram destacados no presente estudo os seguintes (v. supra):

a) quanto ao conteúdo: regras são relatos objetivos descritivos de condutas a serem seguidas; princípios expressam valores ou fins a serem alcançados;[22]

b) quanto à estrutura normativa: regras se estruturam, normalmente, no modelo tradicional das normas de conduta: previsão de um fato - atribuição de um efeito jurídico; princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas[23];

c) quanto ao modo de aplicação: regras operam por via do enquadramento do fato no relato normativo, com enunciação da conseqüência jurídica daí resultante, isto é, aplicam-se mediante subsunção; princípios podem entrar em rota de colisão com outros

princípios ou encontrar resistência por parte da realidade fática, hipóteses em que serão aplicados mediante ponderação[24].

Do ponto de vista material, os princípios constitucionais podem ser classificados em fundamentais, gerais e setoriais. Os princípios constitucionais fundamentais expressam as decisões políticas mais importantes - Estado democrático de direito, dignidade da pessoa humana - e são os de maior grau de

é possível dizer que a estrutura das regras facilita a realização do valor segurança, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a justiça possa ser alcançada", (texto ligeiramente editado)

22 Isonomia, moralidade, solidariedade são valores; justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades são fins públicos. Princípios, portanto, são valorativos ou finalísti- cos, ao passo que regras são descritivas de conduta.

23 Normalmente, somente a conduta especificada resultará no cumprimento de uma regra. Já o princípio poderá ser realizado de diferentes maneiras, cabendo ao intérprete imediato - seja o particular seja a Administração Pública - a escolha de uma das condutas possíveis. Tais escolhas são passíveis de controle judicial.

24 Regras expressam comandos objetivos, definitivos, aplicáveis no que se convencionou denominar modalidade tudo ou nada: ocorrendo a sua hipótese de incidência, a norma deverá ser aplicada, a menos que inválida ou excepcionada por outra. Se não for aplicada, estará sendo descumprida. Já os princípios são mandados de otimização, devendo ser aplicados na maior intensidade possível, levando em conta os elementos fáticos e jurídicos presentes na hipótese.

abstração. Os princípios constitucionais gerais são pressupostos ou especificações dessas decisões - isonomia, legalidade - tendo maior densidade jurídica e aplicabilidade concreta. E, por fim, os princípios constitucionais setoriais regem determinados subsistemas abrigados na Constituição, consubstanciando normas como a livre concorrência ou a moralidade da Administração Pública[25].

2 Modalidades de eficácia dos princípios constitucionais

Toda norma destina-se à produção de algum efeito jurídico. Como conseqüência, a eficácia jurídica - isto é, a pretensão de atuar sobre a realidade - é atributo das normas de Direito. A consumação desses efeitos, a coincidência entre o dever-ser normativo e o ser da realidade, é identificada como efetividade da norma (v. supra). O descumprimento de uma norma jurídica, que eqüivale à não produção dos efeitos a que se destina, é passível de sanção judicial. O Poder Público, de maneira geral, e o particular, quando afetado em algum direito seu, podem exigir, judicialmente quando seja o caso, a observância das normas que tutelam seus interesses. Modernamente, já não é controvertida a tese de que não apenas as regras, mas também os princípios são dotados de eficácia jurídica.

Princípios constitucionais incidem sobre o mundo jurídico e sobre a realidade fática de diferentes maneiras. Por vezes, o princípio será fundamento direto de uma decisão. De outras vezes, sua incidência será indireta, condicionando a interpretação de determinada regra ou paralisando sua eficácia. Relembre-se que entre regras e princípios constitucionais não há hierarquia jurídica, como decorrência do princípio instrumental da unidade da Constituição, embora alguns autores se refiram a uma hierarquia axiológica[26], devido ao fato de os princípios condicionarem a compreensão das regras e até mesmo, em certas hipóteses, poderem afastar sua incidência. A seguir uma anotação sobre três modalidades de eficácia: direta, interpretativa e negativa.

2.1 Eficácia direta

Pela eficácia direta, já referida, também, como positiva ou simétrica[27], o princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra, pelo enquadramento do fato relevante na proposição jurídica nele contida. Muito comu-

25 Para uma exposição mais analítica acerca dessa classificação e dos princípios em espécie, v. Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 2004, p. 151 e s.

26 V. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, A ordem econômica na Constituição de 1988, Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 42:57, 1990.

27 Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002, p. 60; Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, in Temas de direito constitucional, 2006, t. III, p. 42.

mente, um princípio constitucional servirá de fundamento para a edição de uma regra legal. Por exemplo: com base no princípio da isonomia, uma lei institui e disciplina determinada modalidade de ação afirmativa. Porém, a hipótese que aqui interessa especialmente é a da incidência do princípio sem essa intermediação legislativa. Por ilustração: com base no princípio da isonomia, alguém postula uma equiparação salarial ou remuneratória; ou alguém se exonera do pagamento de um tributo, sob o fundamento da inobservância do princípio da reserva legal. Portanto, e em primeiro lugar, um princípio opera no sentido de reger a situação da vida sobre a qual incide, servindo como fundamento para a tutela do bem jurídico abrigado em seu relato[28].

2.2 Eficácia interpretativa

A eficácia interpretativa consiste em que o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos princípios constitucionais. Funcionam eles, assim, como vetores da atividade do intérprete, sobretudo na aplicação de normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa. Entre duas soluções plausíveis, deve-se prestigiar a que mais

adequadamente realize o princípio federativo, ou a que melhor promova igualdade ou a que resguarde mais intensamente a liberdade de expressão. Note-se que a eficácia interpretativa poderá operar dentro da própria Constituição: é que cabe aos princípios dar unidade e harmonia ao sistema, "costurando" as diferentes partes do texto constitucional[29]. Em suma: a eficácia dos princípios constitucionais, nessa acepção, consiste em orientar a interpretação das regras em geral (constitucionais e infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente[30].

28 Nesses casos de eficácia direta, o princípio atua no sentido de reconhecer àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal. Ou seja: se os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional não ocorreram - tenha a norma sido violada por ação ou por omissão -, a eficácia positiva ou simétrica pretende assegurar ao interessado a possibilidade de exigi-los diretamente, na via judicial se necessário.

29 Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 2004, p. 151 e s.; José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, 1998, p. 157 e s.

30 É o caso do exemplo, já citado, do regime jurídico das relações homoafetivas. À falta de lei específica, era possível considerar duas soluções: aplicação da teoria da sociedade de fato ou extensão das regras da união estável. Esta segunda hipótese realiza mais adequadamente o princípio da isonomia, ao evitar o tratamento desigual em razão da orientação sexual das pessoas, considerando-se que a desequiparação com base nesse elemento seja incompatível com o projeto constitucional de uma sociedade pluralista.

2.3 Eficácia negativa

A eficácia negativa implica a paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com o princípio constitucional em questão. Dela pode resultar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, seja em ação direta - com sua retirada do sistema -, seja em controle inciden- tal de constitucionalidade - com sua não incidência no caso concreto. Também outros atos jurídicos, administrativos ou privados, estão sujeitos a tais efeitos negativos. Se, por exemplo, o edital de um concurso limitar a inscrição a candidatos com menos de 45 anos de idade, qualquer interessado legítimo poderá postular a superação do dispositivo, por violar o princípio da isonomia. Se uma empresa rural firma contrato de trabalho com seus empregados prevendo penas corporais ou de privação de alimentos, tais cláusulas serão inválidas por contrastar com o princípio da dignidade da pessoa humana[31 e32].

3 Algumas aplicações concretas dos princípios

Não é o caso, aqui, de se percorrerem as múltiplas incidências práticas dos princípios, seja nas hipóteses em que atuam diretamente com a aplicação do seu núcleo essencial - à feição de regras -, seja naquelas em que operam mediante ponderação. É ilustrativa, no entanto, a análise de alguns precedentes colhidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a demonstrar a generalização do uso dos princípios fundamentais, gerais e setoriais na experiência jurídica contemporânea.

Os princípios fundamentais expressam, como visto, as decisões políticas mais importantes no âmbito do Estado, assim como seus valores mais elevados. Confiram-se alguns excertos jurisprudenciais acerca da República, da separação de Poderes e da dignidade da pessoa humana:

31 É claro que para identificar se uma norma ou ato viola ou contraria os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional é preciso saber que efeitos são esses. Como já referido, os efeitos pretendidos pelos princípios podem ser relativamente indeterminados a partir de um certo núcleo; é a existência desse núcleo, entretanto, que torna plenamente viável a modalidade de eficácia jurídica negativa.

32 Alguns autores procuram radicar na eficácia negativa uma derivação específica, referida como vedação do retrocesso. V. Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002, p. 68 e s. O tema é de grande importância e sujeito a controvérsias, não sendo possível sua investigação nesse trabalho. Sobre o tema, v. Felipe Derbli, O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988, 2006, e Ingo Sarlet, Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise, Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2:121, 2004; e José Vicente Santos de Mendonça, Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo, Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. XII, 2000.

a) Princípio republicano. A jurisprudência extrai como corolário do princípio republicano a responsabilidade política, penal e administrativa dos governantes" e nele tem procurado fundamentar a interpretação restritiva das hipóteses de tratamento especial conferido a agentes públicos, inclusive e notadamente as relativas ao foro por prerrogativa de função[34].

b) Separação de Poderes. As decisões do STF têm procurado preservar o núcleo essencial do princípio, dispensando o chefe do Executivo[35] e o Presidente do Tribunal de Justiça[36] de terem de comparecer pessoalmente ao Legislativo para prestar informações; resguardar o espaço

33 STF, DJU, 14 set. 2001, HC 80.511 /MG, Rei. Min. Celso de Mello: "A consagração do princípio da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, além de refletir uma conquista do regime democrático, constitui conseqüência necessária da forma republicana de governo adotada pela

Constituição Federal. O princípio republicano exprime, a partir da idéia central que lhe é subjacente, o dogma de que todos os agentes públicos - os Governadores de Estado e do Distrito Federal, em particular - são igualmente responsáveis perante a lei". No mesmo sentido, v. Revista Trimestral de Jurisprudência, 162:462, ADIn 978/PB, Rei. Min. Celso de Mello.

34 Em decisão proferida em 2001, o STF cancelou a Súmula 394, que tinha a seguinte dicção: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício". Em suas razões de decidir, o Tribunal registrou que, por força do princípio republicano, "as prerrogativas de foro, pelo privilégio que de certa forma conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos". O novo entendimento, assentado sobre tal premissa, passou a ser o de que o órgão competente para julgar a ação penal proposta contra ex-exercentes dos cargos e mandatos em questão é o juízo de primeiro grau. STF, DJU, 9 nov. 2001, QO no Inq. 687/SP, Rei. Min. Sydney Sanches.

35 STF, Revista de Direito Administrativo, 178:78, 1989,ADInMC 111/BA, Rei. Min. Carlos Madeira: "Dispositivo da Constituição do Estado da Bahia que preve a convocação, pela Assembleia Legislativa, do Governador do Estado, para prestar pessoalmente informações sobre assunto determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada, 'fumus boni iuris' que se demonstra com a afronta ao princípio de separação e harmonia dos Poderes, consagrado na Constituição Federal, 'periculum in mora' evidenciado no justo receio do conflito entre Poderes, em face de injunções políticas. Medida cautelar concedida".

36 STF, DJU, 2 fev. 2007, ADIn 2.91I/ES, Rei. Min. Carlos Britto: "Os dispositivos impugnados contemplam a possibilidade de a Assembleia Legislativa capixaba convocar o Presidente do Tribunal de Justiça para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência injustificada desse Chefe de Poder. Ao fazê-lo, porém, o art. 57 da Constituição capixaba não seguiu o paradigma da Constituição Federal, extrapolando as fronteiras do esquema de freios e contrapesos - cuja aplicabilidade é sempre estrita ou materialmente inelástica - e maculando o Princípio da Separação de Poderes. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão 'Presidente do Tribunal de Justiça', inserta no § 2- e no caput do art. 57 da Constituição do Estado do Espírito Santo".

constitucionalmente reservado à lei[37] e assegurar a independência do Judiciário no desempenho de função materialmente jurisdicional[38]". c) Dignidade da pessoa humana. Trata-se de um dos

fundamentos do Estado democrático de direito, que deve iluminar a interpretação da lei ordinária[39]. O princípio da dignidade da pessoa humana tem servido de fundamento para decisões de alcance diverso, como o fornecimento compulsório de medicamentos pelo Poder Público[40], a nulidade de cláusula contratual limitadora do tempo de internação hospitalar[41], a rejeição da prisão por dívida motivada pelo não pagamento de juros absurdos[42], dentre muitas outras. Curiosamente, no tocante à sujeição do réu em ação de investigação de paternidade ao exame compulsório

37 STF, DJU, 7 dez. 2006, MS 22.690/CE, Rei. Min. Celso de Mello: "Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes". Nada obstante isso, o STF já entendeu, também, que, em caráter excepcional, pode o Judiciário determinar a implementação de políticas públicas definidas pela própria Constituição. V. DJU, 3 fev. 2006, RE 436.996-AgR, Rei. Min. Celso de Mello: "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 estas 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 e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'".

38 Comissão Parlamentar de Inquérito não tem o poder de convocar magistrado para depor, tendo por objeto a investigação de decisões judiciais por ele proferidas, e não atos administrativos (STF, Inf. STF, n. 172, p. 1, HC 79.441/DF, Rei. Min. Octavio Gallotti); A criação do Conselho Nacional de Justiça é legítima, por ter ele natureza administrativa e não interferir com a função jurisdicional (STF, DJU, 22 set. 2006, ADIn 3.367/DF, Rei. Min. Cezar Peluso).

39 STJ, DJU, 26 mar. 2001, HC 9.892/RJ, Rei. originário Min. Hamilton Carvalhido, Rei. p/ o acórdão Min. Fontes de Alencar.

40 STJ, DJU, 4 set. 2000, ROMS 11.183/PR, Rei. Min. José Delgado.

41 TJSP, AC 110.772-4/4-00, ADV 40-01/636, n. 98859, Rei. Des. O. Breviglieri.

42 STJ, DJU, 12 fev. 2001, HC 12.547/DF, Rei. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

de DNA, há decisões em um sentido[43] e noutro[44], com invocação do princípio da dignidade humana.

Os princípios constitucionais gerais são especificações dos princípios fundamentais e, por seu menor grau de abstração, prestam-se mais facilmente à tutela direta e imediata das situações jurídicas que contemplam. A seguir, alguns registros sobre os princípios da isonomia, da segurança jurídica e do devido processo legal:

a) Isonomia. A Constituição aboliu inúmeras situações de tratamento discriminatório, e.g., prevendo que homens e mulheres exercem igualmente os direitos e deveres inerentes à sociedade conjugai, vedando o tratamento desigual entre filhos havidos no casamento e fora dele e reconhecendo a união estável como entidade familiar. Algumas aplicações específicas do princípio da isonomia deverão ser objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, como a constitucionalidade da adoção de cotas raciais nas universidades públicas e a legitimidade da extensão do regime da união estável às uniões homoafetivas.

b) Segurança jurídica[115]. Uma manifestação do princípio da segurança jurídica que se desenvolveu na doutrina e na jurisprudência recentes foi

43 STF, DJU, 10 nov. 1994, HC 71.373/RS, Rei. Min. Marco Aurélio: "Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório debaixo de vara para coleta do material indispensável à feitura do exame do DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos".

44 TJSP, AC 191.290-4/7-0, ADV 37-01/587, n. 98580, Rei. Des. A. Germano: "Caracteri- zar-se uma simples picada de agulha e retirada de uma pequena porção de sangue como ato invasivo, vexatório e humilhante constitui exagero tão manifesto que insinua as verdadeiras razões da recusa: o temor ou a certeza de que essa prova com certeza científica absoluta quase certamente confirmará a paternidade em questão".

45 A idéia de segurança jurídica envolve três planos: o institucional, o objetivo e o subjetivo. Do ponto de vista institucional, a segurança refere-se à existência de instituições estatais dotadas de poder e de garantias, aptas a fazer funcionar o Estado de direito, impondo a

supremacia da lei e sujeitando-se a ela. Do ponto de vista objetivo, a segurança refere-se à ante- rioridade das normas jurídicas em relação às situações às quais se dirigem, à estabilidade do Direito, que deve ter como traço geral a permanência e continuidade das normas e a não retroatividade das leis, que não deverão produzir efeitos retrospectivos para colher direitos subjetivos já constituídos. E, do ponto de vista subjetivo, a segurança jurídica refere-se à proteção da confiança do administrado, impondo à Administração o dever de agir com coerência, lealdade e respeitando as legítimas expectativas do administrado. Essa idéia, sobretudo no campo das relações obrigacionais e contratuais, compreende também a boa-fé objetiva, a lisura do comportamento, a vedação do locupletamento. Sobre o tema, v. Almiro do Couto e

a proteção da confiança, destinada a tutelar expectativas legítimas e a preservar efeitos de atos inválidos, presentes determinadas circunstâncias. Com base nela, o STF tem admitido não dar efeito retroativo ã declaração de inconstitucionalidade, bem como tem preservado os efeitos de atos que, ainda quando inválidos, permaneceram em vigor por tempo suficiente para tornar irrazoável o seu desfazimento[46]. c) Devido processo legal. O princípio foi invocado para considerar inválido o oferecimento de denúncia por outro membro do Ministério Público, após anterior arquivamento do inquérito policial[47], entender ilegítima a anulação de processo administrativo que repercutia sobre interesses individuais sem observância do contraditório[48], reconhecer a ocorrência de constrangimento ilegal no uso de algemas quando as condições do réu não ofereciam perigo[49], negar extradição à vista da perspectiva

Silva, O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99), Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 2, 2005, disponível em: www.direitodoestado.com.br.

46 Assim se passou no caso em que estudante de direito obteve liminar para se transferir da Universidade Federal de Pelotas para a UFRS, em Porto Alegre, por haver sido aprovado em concurso para a empresa pública ECT. A sentença de I[2] grau, favorável, veio a ser reformada quando ele já estava prestes a se formar. O STF deu efeito suspensivo ao RE e ele pôde concluir o curso (DJU, 4 jun. 2003, QO na Pet. 2.900/RS, Rei. Min. Gilmar Mendes); também assim o caso de servidores da Infraero, contratados sem concurso público, ao tempo em que havia dúvida se tal exigência se aplicava ou não aos servidores de empresas públicas e sociedades de economia mista. O STF considerou que o tempo decorrido estabilizara essa situação que, em nome da segurança jurídica, não deveria mais ser desfeita (DJU, 5 nov. 2004, MS 22.357/ DF, Rei. Min. Gilmar Mendes).

47 STJ, Revista dos Tribunais, 755:569, 1998, HC 6.802/RJ,

Rei. Min. Vicente Leal. O acórdão considerou atentar contra o princípio do Promotor Natural e a garantia do devido processo legal o oferecimento de denúncia por outro membro do Ministério Público, após anterior pedido de arquivamento do inquérito policial, sem que se tenha adotado o procedimento previsto no art. 28 do CPP, impondo-se, em conseqüência, a anulação da peça de acusação.

48 STF, DJU, 14 ago. 1997, AI 199.620-55. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, não prescinde ela da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que permita a audiência daqueles que terão modificada situação já alcançada. O ato administrativo tem presunção de legitimidade, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular.

49 TJRS, Revista dos Tribunais, 755:692, 2001, HC 70.001.561.562, Rei. Des. Silvestre Jasson Ayres Torres: "Há constrangimento ilegal, no uso de algemas, quando as condições do réu não oferecem situação de efetiva periculosidade, estando escoltado, existindo policiais fazendo o serviço de revista nas demais pessoas que ingressam no local de julgamento, não se constatando qualquer animosidade por parte do público, inclusive havendo possibilidade de ser requisitado reforço policial".

de inobservância do devido processo legal no país requerente[50] e determinar fosse ouvida a parte contrária na hipótese de embargos de declaração opostos com pedido de efeitos modificativos, a despeito de não haver previsão nesse sentido na legislação[51].

Princípios setoriais ou especiais são aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos. Há princípios setoriais tributários, como o da anterioridade da lei que institua ou aumente tributo[52]; da Administração Pública, como os da moralidade e impessoalidade[53]; da ordem econômica, como o da livre concorrência[54]; e da ordem social, como o da autonomia universitária[55], em meio a muitos outros.

Por fim, merece nota especial, ainda uma vez, o princípio da razoabilidade (v. supra), que tem sido fundamento de decidir em um conjunto abrangente de situações, por parte de juizes e tribunais, inclusive e especialmente o Supremo

50 STF, DJU, 6 abr. 2001, Extr. 633-China, Rei. Min. Celso de Mello: "O Supremo Tribunal Federal não deve deferir o pedido de extradição, se o ordenamento jurídico do Estado requerente não se revelar capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente. A incapacidade de o Estado requerente assegurar ao extraditando o direito ao fair trial atua como causa impeditiva do deferimento do pedido de extradição".

51 STF, DJU, 19 dez. 2001, AgRg no AI 327.728/SP, Rei.

Min. Nelson Jobim: "Constitucional. Processual. Julgamento de embargos declaratórios com efeitos modificativos sem a manifestação da parte embargada. Ofensa ao princípio do contraditório. Precedente (RE 250936)". No mesmo sentido: STJ, DJU, 7 maio 2001, REsp 296.836/RJ, Rei. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

52 O STF considerou que esse princípio, inscrito no art. 150, III, b, da Constituição, é garantia individual do contribuinte e, como tal, cláusula pétrea. Com esse fundamento, declarou inconstitucional dispositivo da EC n. 3, de 17.3.1993, que ao instituir o IPMF pretendeu exonerá-lo da observância ao princípio da anterioridade (STF, DJU, 18 mar. 1994, ADIn 939/ DF, Rei. Min. Sydney Sanches).

53 Com base nesses e em outros princípios, o STF declarou constitucional a Resolução n. 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou a prática do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (STF, DJU, l[2] nov. 2006, MC na ADC 12/DF, Rei. Min. Carlos Britto).

54 Assim dispõe a Súmula 646 do STF: "Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área".

55 STF, DJU, 18 maio 2001, ADInMC 1.599/UF, Rei. Min. Maurício Corrêa: "O princípio da autonomia das universidades (CF, art. 207) não é irrestrito, mesmo porque não se cuida de soberania ou de independência, de forma que as universidades devem ser submetidas a diversas outras normas gerais previstas na Constituição, como as que regem o orçamento (art. 165, § 5[2], I), a despesa com pessoal (art. 169), a submissão dos seus servidores ao regime jurídico único (art. 39), bem como às que tratam do controle e da fiscalização".

Tribunal Federal. Com base nele tem-se feito o controle de legitimidade das desequiparações entre pessoas, de vantagens concedidas a servidores públicos[56], de exigências desmesuradas formuladas pelo Poder Público[57] ou de privilégios concedidos à Fazenda Pública[58]. O princípio, referido na jurisprudência como da proporcionalidade ou razoabilidade (v. supra), é por vezes utilizado como um parâmetro de justiça - e, nesses casos, assume uma dimensão material -, porém, mais comumente, desempenha papel instrumental na interpretação de outras normas. Confira-se a demonstração do argumento.

O princípio da razoabilidade faz parte do processo intelectual lógico de aplicação de outras normas, ou seja, de outros princípios e regras. Por exemplo: ao aplicar uma regra que sanciona determinada conduta com uma penalidade administrativa, o intérprete deverá agir com proporcionalidade, levando em conta a natureza e a gravidade da falta. O que se estará aplicando é a norma sancionadora, sendo o princípio da razoabilidade um instrumento de medida. O mesmo se passa quando ele é auxiliar do processo de ponderação. Ao admitir o estabelecimento de uma idade máxima ou de uma estatura mínima para alguém prestar concurso

para determinado cargo público[59], o que o Judiciário faz é interpretar o princípio da isonomia, de acordo com a razoabilidade: se o

56 STF, DJU, 26 maio 1995, ADIn 1.158/AM, Rei. Min. Celso de Mello. A norma legal que concede ao servidor vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa (gratificação de férias) ofende o princípio da razoabilidade.

57 STF, DJU, 1- out. 1993, ADIn 855/PR, Rei. Min. Sepúlveda Pertence. Viola o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade lei estadual que determina a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor.

58 STF, DJU, 12 jun. 1998, ADInMC 1.753/DF, Rei. Min. Sepúlveda Pertence: "A igualdade das partes é imanente ao procedural due process of law, quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, têm sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a conseqüência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo".

59 STF, DJU, 15 dez. 2000, RE 140.889/MS, Rei. Min. Marco Aurélio: "Razoabilidade da exigência de altura mínima para ingresso na carreira de delegado de polícia, dada a natureza do cargo a ser exercido. Violação ao princípio da isonomia. Inexistência. Recurso extraordinário não conhecido". Mas: STF, DJ, 7 maio 1999, p. 12, RE 150.455/MS, Rei. Min. Marco Aurélio: "Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado com a função a ser exercida. No âmbito da polícia, ao contrário do que ocorre com o agente em si, não se tem como constitucional a exigência de altura mínima, considerados homens e mulheres, de um metro e sessenta para a habilitação ao cargo de escrivão, cuja natureza é estritamente escriturária, muito embora de nível elevado".

meio for adequado, necessário e proporcional para realizar um fim legítimo, deve ser considerado válido. Nesses casos, como se percebe intuitivamente, a razoabilidade é o meio de aferição do cumprimento ou não de outras normas[60].

Uma observação final. Alguns dos exemplos acima envolveram a não aplicação de determinadas normas infraconstitucionais porque importariam em contrariedade a um princípio ou a um fim constitucional. Essa situação - aquela em que uma lei não é em si inconstitucional, mas em determinada incidência produz resultado inconstitucional - começa a despertar interesse da doutrina[61]. O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional in concreto, à

vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das conseqüências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não aplicação da regra que o contravenha[62].

Veja-se um exemplo do que se vem de afirmar, colhido em precedente do Supremo Tribunal Federal. Em ação direta de inconstitucionalidade, pleiteava-se a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 173/90, por afronta ao princípio do acesso à justiça e/ou da inafastabilidade do controle judicial. É que ela vedava a concessão de liminar em mandados de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes de um conjunto de dez outras medidas provisórias, bem como proibia a execução das sentenças proferidas em tais ações antes de seu trânsito em julgado. O tribunal julgou improcedente o pedido. Vale dizer: considerou constitucional em tese a vedação. Nada obstante, o acórdão fez a ressalva de que tal pronunciamento não impedia o juiz do caso concreto de conceder a liminar, se em relação à situação que lhe competisse julgar não fosse razoável a aplicação da norma

60 No mesmo sentido, v. Humberto Ávila, Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos), 2003, p. 71: " [N]o caso em que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional uma lei estadual que determinava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, o princípio da livre iniciativa foi considerado violado, por ter sido restringido de modo desnecessário e desproporcional. Rigorosamente, não é a proporcionalidade que foi violada, mas o princípio da livre iniciativa, na sua inter-relação horizontal com o princípio da defesa do consumidor, que deixou de ser aplicado adequadamente".

61 Note-se que a hipótese, aqui, não será propriamente de ponderação, diante da hierarquia superior do princípio constitucional sobre a norma infraconstitucional. Nesse caso, o princípio paralisa a regra. Diferente será a hipótese de aparente contraposição entre um princípio constitucional e uma regra igualmente constitucional. Nesse caso, dever-se-á considerar que a regra excepciona o princípio.

62 Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, post scriptum, 2004. Para uma importante reflexão sobre o tema, v. Ana Paula Oliveira Ávila, Razoabilidade, proteção do direito fundamental à saúde e antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, Ajuris, 56:361, 2003.

proibitiva[63]. O raciocínio subjacente é o de que uma norma pode ser constitucional em tese e inconstitucional em concreto, à vista das circunstâncias de fato sobre as quais deverá incidir.

IV A COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS[64]

A identificação e o equacionamento das colisões de normas constitucionais são relativamente recentes no Direito contemporâneo. A complexidade e o pluralismo das sociedades modernas levaram ao abrigo da Constituição valores, interesses e direitos variados, que eventualmente entram em choque. Os critérios tradicionais de solução dos conflitos entre

normas infraconstitucionais não são próprios para esse tipo de situação (v. supra), uma vez que tais antinomias não

63 STF, DJU, 29 jun. 1990, ADInMC 223/DF, Rei. p/o acórdão Min. Sepúlveda Pertence: "Generalidade, diversidade e imprecisão de limites do âmbito de vedação de liminar da MP 173, que, se lhe podem vir, a final, a comprometer a validade, dificultam demarcar, em tese, no juízo de delibação sobre o pedido de sua suspensão cautelar, até onde são razoáveis as proibições nela impostas, enquanto contenção ao abuso do poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta à plenitude da jurisdição e ao Poder Judiciário. Indeferimento da suspensão liminar da MP 173, que não prejudica, segundo o relator do acórdão, o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar. Considerações, em diversos votos, dos riscos da suspensão cautelar da medida impugnada".

64 Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, 1997, e Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais, mimeografado, 1998; Edilsom Pereira de Farias, Colisão de direitos fundamentais: a honra, a intimidade e a vida privada versus a liberdade de expressão e informação, 2000; Daniel Sarmento, A ponderação de interesses na Constituição Federal, 2000; José Carlos Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, 2001; Wilson Antônio Steinmetz, Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, 2001; Jorge Reis Novais, As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, 2003; Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005; Jane Reis Gonçalves Pereira, Interpretação constitucional e direitos fundamentais, 2006; Luís Virgílio Afonso da Silva, O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, mimeogrado, 2005. Sobre a temática específica da colisão entre a liberdade de expressão em sentido amplo e outros direitos fundamentais, sobretudo os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, v. Edilsom Pereira de Faria, Colisão de direitos fundamentais: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação, 2000; Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, Direito de informação e liberdade de expressão, 1999; Mônica Neves Aguiar da Silva Castro, Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos, 2002; Porfirio Barroso e Maria dei Mar López Tavalera, La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales, 1998; Antonio Fayos Gardó, Derecho a la intimidady médios de comunicación, 2000; Miguel Ángel Alegre Martínez, El derecho a la propia imagen, 1997; Sidney César Silva Guerra, A liberdade de imprensa e o direito ã imagem, 1999; Pedro Frederico Caldas, Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral, 1997; e Luís Alberto David Araújo, A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto, 1996.

se colocam quer no plano da validade, quer no da vigência das

proposições normativas. O entrechoque de normas constitucionais é de três tipos:

a) colisão entre princípios constitucionais;
b) colisão entre direitos fundamentais;
c) colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais.

A colisão entre princípios constitucionais decorre, como assinalado acima, do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição. Como estudado, não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto[65]. Os exemplos se multiplicam. Em razão de sua soberania, os Estados estrangeiros desfrutam de imunidade de jurisdição nacional[66], mas por um princípio de justiça podem ser demandados no Brasil em determinadas situações[67]. O desenvolvimento nacional guarda tensão constante com a preservação do meio ambiente. A livre iniciativa pode ser contraposta pelos princípios que legitimam a repressão ao abuso do poder econômico. A recorrência de colisões dessa natureza apenas revela que os valores tutelados pela Constituição não são absolutos e devem coexistir.

A colisão entre direitos fundamentais não deixa de ser, de certa forma, uma particularização dos conflitos descritos acima. É que, em rigor, a estrutura normativa e o modo de aplicação dos direitos fundamentais se equiparam aos princípios. Assim, direitos que convivem em harmonia no seu relato abstrato podem produzir antinomias no seu exercício concreto. A matéria tem precedentes emblemáticos na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal

65 V. Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, 1997, p. 89: "Cuando dos princípios entran en colisión, uno de los dos princípios tiene que ceder ante el otro. Lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los princípios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los princípios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso" (texto ligeiramente editado).

66 Sobre o tema da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, v. Jacob Dolinger, A imunidade jurisdicional dos Estados, Anais da Faculdade de Direito da UERJ, l\ 190, 2004; e Luís Roberto Barroso e Carmen Tiburcio, Imunidade de jurisdição: o Estado Federal e os Estados- -membros, in Luís Roberto Barroso e Carmen Tiburcio (org.), Direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger, 2006, p. 145 e s.

67 STF, Revista Trimestral de Jurisprudência, 133:159, AC 9.696/SP, Rei. Min. Sydney Sanches: "Estado estrangeiro. Imunidade judiciária. Causa trabalhista. Não há imunidade judiciária para o Estado

estrangeiro, em causa de natureza trabalhista"; STJ, DJU, 20 jun. 2006, RO 33/RJ, Rei. Min. Nancy Andrighi: "A imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro não alcança litígios de ordem trabalhista decorrentes de relação laborai prestada em território nacional e tendo por reclamante cidadão brasileiro aqui domiciliado".

alemão[68] e vem sendo crescentemente objeto de debate doutrinário e judicial no Brasil. Vejam-se alguns exemplos desse tipo de colisão:

Exemplo 1: Liberdade de religião versus direito de privacidade (na modalidade direito ao repouso domiciliar). 0 caso da Rua Inhangá.

Todos os domingos, às 7 horas da manhã, um pregador religioso ligava sua aparelhagem de som em uma pequena praça de Copacabana, um bairro residencial populoso e simpático do Rio de Janeiro. Em altos brados, anunciava os caminhos a serem percorridos para ingressar no reino dos céus, lendo passagens bíblicas e cantando hinos. Moradores das redondezas procuraram proibir tal manifestação.

Exemplo 2: Direito à honra versus direito à intimidade. 0 caso da cantora mexicana Glória Trevi.

A cantora mexicana Glória Trevi teve sua extradição requerida pelo governo de seu país e foi presa na Polícia Federal em Brasília. Tendo engravidado na prisão, acusou de estupro os policiais em serviço. Às vésperas do nascimento, os policiais requereram que fosse feito exame de DNA na criança, visando a excluir a paternidade e, consequentemente, desmoralizar a acusação de estupro. Invocando jurisprudência do próprio STF, a cantora recusou-se a fornecer material para exame, em nome do direito à intimidade. Exemplo 3: Liberdade de expressão versus direito à própria honra e imagem:

a) Uma jovem faz topless na Praia Mole, em Florianópolis, Santa Catarina. Jornal de grande circulação publica uma foto do episódio. Tem ela direito a indenização por uso indevido de sua imagem?

b) A Princesa Caroline de Mônaco ingressa em juízo, na Alemanha, visando a proibir os órgãos de imprensa de publicar fotos suas, mesmo que em público, quando estivesse em atividades de sua vida privada;

c) Doca Street foi protagonista de um crime passional que marcou época no Rio de Janeiro. Quando uma grande emissora de televisão decidiu realizar um programa romanceando o episódio, após o réu haver cumprido a pena e já estar ressocializado, procurou ele impedir a exibição.

68 Citam-se aqui três casos bem conhecidos. No caso do crucifixo (BVerfGE, 93.1, 1995), o Tribunal proibiu a colocação de cruzes ou crucifixos nas salas de aula das escolas públicas. No caso Lebach, o Tribunal impediu a exibição de um documentário televisivo sobre um episódio criminoso, sob o fundamento de que já não atendia a interesses

atuais de informação e colocava em risco a ressocialização do condenado, em vias de ser libertado (BVerfGE, 93:266, 1973). E, por fim, no caso Mephisto, o Tribunal proibiu a distribuição de livro que narrava a história de um ator que abrira mão de suas convicções políticas para associar-se ao nazismo (BVerfGE, 30:173, 1971). As três decisões podem ser encontradas em Jürgen Schwabe (org.), Cincuenta afios de jurisprudência dei Tribunal Constitucional Federal alemán, 2003, p. 118 e s., p. 148 e s. e p. 174 e s., respectivamente.

No ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal julgou a controvertida questão das pesquisas com células-tronco embrionárias. O Procurador-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra artigo de lei que, nos seus diferentes dispositivos, autorizava e disciplinava as pesquisas científicas com embriões humanos resultantes dos procedimentos de fertilização in vitro, desde que inviáveis ou congelados há mais de três anos. O fundamento da ação era a violação ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Em votação apertada, a Corte afirmou a validade da lei[69].

Por fim, a colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais, voltados para a proteção do interesse público ou do interesse coletivo. Este será o caso, por exemplo, de uma demarcação de terras indígenas que, por sua extensão, possa colocar em risco a perspectiva de desenvolvimento econômico de um Estado da Federação. Ambiente bastante típico dessa modalidade de colisão é o da preservação de direitos individuais à liberdade, ao devido processo legal e à presunção de inocência diante da apuração e punição de crimes e infrações em geral, inseridas no domínio mais amplo da segurança pública. Vejam-se alguns exemplos colhidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

a) Caso Ellwanger. A liberdade de expressão não protege a incitação ao racismo. Caracteriza esse crime a publicação de livros de caráter antis- semita, depreciativos ao povo judeu e que procuram negar a ocorrência do holocausto. A imprescritibilidade do crime de racismo, prevista na Constituição, justifica-se como alerta para as novas gerações[70].

b) Crime hediondo e progressão de regime. A progressão de regime no cumprimento da pena, nas espécies fechado, semiaberto e aberto, tem como maior razão a ressocialização do preso. Conflita com o princípio constitucional da individualização da pena (CF, art. 5ª, XLV1) a norma legal que impõe o cumprimento da pena em regime integralmente fechado no caso de crimes hediondos[71].

c) Delação anônima. Comunicação de fatos que teriam sido praticados no âmbito da Administração Pública. A vedação constitucional do anonimato em confronto com o dever do Estado de apurar condutas funcio

69 V. Inf. STF, n. 508, p. 1, ADin 3.510/DF, Rei. Min. Carlos Britto. A posição do relator, julgando a ação totalmente improcedente, prevaleceu por seis votos a cinco. Dos cinco votos vencidos, dois deles tinham, como traço central, a proibição de destruição do embrião (Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski). Os outros três, sem se oporem à pesquisa que comprometesse o embrião, entendiam dever ficar explicitada na decisão a existência obrigatória de um órgão central de controle dessas pesquisas (Ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes).

70 STF, DJU, 19 mar. 2003, HC 82.424/RS, Rei. p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa.

71 STF, DJU, 9 fev. 2007, HC 90.049/RS, Rei. Min. Marco Aurélio.

nais desviantes. Legitimidade da instauração de procedimento investi- gatório pelo Tribunal de Contas da União[72].

Características comuns de todas as três modalidades de colisões expostas e exemplificadas acima são (i) a insuficiência dos critérios tradicionais de solução de conflitos para resolvê-los, (ii) a inadequação do método subsuntivo para formulação da norma concreta que irá decidir a controvérsia e (iii) a necessidade de ponderação para encontrar o resultado constitucionalmente adequado. A ponderação será objeto do tópico seguinte. Cabe apenas o registro de que, apesar de disseminada como técnica indispensável para solução dos conflitos normativos, não é ela objeto de unanimidade absoluta na doutrina. Há correntes que negam, total ou parcialmente, a realidade dos conflitos normativos, como o denominado conceptualismo; e há os que reconhecem a existência de conflitos, mas têm a pretensão de oferecer outras alternativas para seu equaciona- mento, como é o caso da hierarquização dos elementos normativos em conflito[73].

Antes de encerrar este tópico, um último registro importante. Foram assentadas até aqui algumas premissas essenciais, dentre as quais: direitos fundamentais não são absolutos e, como conseqüência, seu exercício está sujeito a limites; e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação. Os limites dos direitos fundamentais, quando não constem •diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional. Daí existir a necessidade de protegê-los contra a abusividade de leis restritivas[74], bem como de fornecer parâmetros ao intérprete judicial[75]. O tema da restrição aos direitos funda

72 STF, DJU, 4 jun. 2004, MS 24.369/DF, Rei. Min. Celso de Mello.

73 Para uma análise desses mecanismos alternativos à ponderação, v. Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005, p. 57 e s.

74 Direitos fundamentais podem ser restringidos, em

primeiro lugar, pela própria Constituição, seja em nome de outros direitos fundamentais (a liberdade de expressão não inclui o direito de caluniar alguém - cf. art. 5-, IV e X) seja para promover valores e interesses coletivos (a liberdade de ir e vir pode ser limitada no estado de sítio - art. 139,1). Podem ser restringidos, também, pela lei, tanto em hipóteses nas quais a Constituição expressamente preveja a limitação (a inviolabilidade das comunicações telefônicas pode ser excepcionada por lei para fins de investigação criminal ou instrução processual penal - art. 5[2], XII -, e a liberdade de trabalho pode estar sujeita a qualificações impostas por lei) quanto com base nos limites imanentes.

75 Como regra geral, colisões de direitos fundamentais devem ser resolvidas em concreto, e não em abstrato. A lei pode procurar oferecer parâmetros para a ponderação, mas dificilmente será válida se ela própria realizar, de modo absoluto, a ponderação, hierarquizando de maneira permanente os direitos em jogo e privando o juiz de proceder ao sopesamento à luz dos elementos do caso concreto. Por essa razão, o art. 20 do Código Civil, ao cercear drasticamente a liberdade de expressão em favor do direito de imagem, não resiste, em sua literalidade, ao teste de constitucionalidade, exigindo um difícil esforço de interpretação conforme a Constituição. V. Luís Roberto Barroso, Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação, in Temas de direito constitucional, 2005, t. m, p. 79 e s.

mentais é um dos mais ricos e complexos da moderna dogmática constitucional[76].

V A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO"

Por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito. Como se sabe, ela se desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior - a norma - incide sobre a premissa menor - os fatos -, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto. Como já assinalado, esse tipo de raciocínio jurídico continua a ser fundamental para a dinâmica do Direito. Mas não é suficiente para lidar com as situações que envolvam colisões de princípios ou de direitos fundamentais.

De fato, nessas hipóteses, mais de uma norma postula aplicação sobre os mesmos fatos. Vale dizer: há várias premissas maiores e apenas uma premissa menor. Como intuitivo, a subsunção, na sua lógica unidirecional (premissa maior => premissa menor => conclusão), somente poderia trabalhar com uma

76 A natureza da presente obra limita a possibilidade de aprofundamento dessa questão particular. No âmbito da teoria dos direitos fundamentais, no entanto, discutem-se aspectos de grande especulação teórica e alcance prático, como a própria possibilidade lógica de restrição aos direitos fundamentais e concepções que procuram lidar com o problema, como as teorias interna e externa, a doutrina dos limites imanentes e a preservação do núcleo essencial. Vejam-se, na doutrina

estrangeira, em meio a muitos estudos, Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, 1998, p. 267 e s.; e Martin Borowski, La estructura de los derechos fundamen-' tales, 2003, p. 65 e s. E, na doutrina nacional, Jane Reis Gonçalves Pereira, Interpretação constitucional e direitos fundamentais, 2006, p. 131 e s.; Luís Virgílio Afonso da Silva, 0 conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, mimeografado, 2005, p. 163 e s.; e Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005, p. 142 e s.

77 Este tópico foi escrito com a colaboração de Ana Paula de Barcellos. Sobre o tema, vejam-se: Ronald Dworkin, Taking rights seriously, 1997; Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, 1997, e os seguintes textos mimeografados: Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais, 1998, e Constitutional rights, balancing, and rationality, 2002 (textos gentilmente cedidos por Margarida Lacombe Camargo); Karl Larenz, Metodologia da ciência do Direito, 1997; Daniel Sarmento, A ponderação de interesses na Constituição Federal, 2000; Ricardo Lobo Torres, Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação, in Urbano Zilles (coord.), Miguel Reale: estudos em homenagem a seus 90 anos, 2000, p. 643 e s.; José Maria Rodríguez de Santiago, La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo, 2000; Aaron Barak, Foreword: a judge on judging: the role of a Supreme Court in a Democracy, Harvard Law Review, 116:01, 2002; Clèmerson Merlin Clève, Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial, in Daniel Sarmento e Flávio Galdino (orgs.), Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres, 2006; Marcos Maselli Gouvêa, O controle judicial das omissões administrativas, 2003; Humberto Ávila, Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos), 2003; Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005, p. 91 e s.; Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, in Temas de direito constitucional, 2005, t. III, p. 3 e s.

das normas, o que importaria na eleição de uma única premissa maior, descar- tando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada, em razão do princípio da unidade da Constituição, que nega a existência de hierarquia jurídica entre normas constitucionais.

Como conseqüência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas que entrem em rota de colisão. O raciocínio a ser desenvolvido nessas situações haverá de ter uma estrutura diversa, que seja capaz de operar multidirecionalmente, em busca da regra concreta que vai reger a espécie. Os múltiplos elementos em jogo serão considerados na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto. A sub- sunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura

moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética. Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna.

O relato acima expressa, de maneira figurativa, o que se convencionou denominar ponderação. Em suma, consiste ela em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas. Nos últimos tempos, a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, incorporou essa técnica à rotina de seus pronunciamentos[78]. De forma simplificada, é possível descrever a ponderação como um processo em três etapas, descritas a seguir.

Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito - insuperável pela subsunção - é o ambiente próprio de trabalho da ponderação. Relembre-se que norma não se confunde com dispositivo: por vezes uma norma será o resultado da conjugação de mais de um dispositivo. Por seu turno, um dispositivo isoladamente considerado pode não conter uma norma ou, ao revés, abrigar mais de uma[79].

78 De fato, o emprego da ponderação tornou-se corriqueiro na argumentação do Supremo Tribunal Federal, com referências freqüentes a essa técnica, à razoabilidade-proporcionalida- de e ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Confira-se, e.g:. DJU, 19 mar. 2004, HC 82.424/RS, voto do Ministro Celso de Mello: "Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, 'hic e nunc', em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a prepon- derar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina".

79 Sobre o tema, v. Humberto Ávila, Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos), 2003, p. 13.

Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos - isto é, as diversas premissas maiores pertinentes - são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo.

Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos. Relembre-se, na linha do que foi exposto anteriormente, a importância assumida pelos fatos e pelas conseqüências práticas da incidência da

norma na moderna interpretação constitucional. Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma, em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento em que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de real sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência.

Até aqui, na verdade, nada foi solucionado, nem sequer há maior novidade. Identificação das normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam os casos fáceis, sejam difíceis. É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. Relembre-se, como já assentado, que os princípios, por sua estrutura e natureza, e observados determinados limites, podem ser aplicados com maior ou menor intensidade, à vista de circunstâncias jurídicas ou fáticas, sem que isso afete sua validade[80]. Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, será preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas - e a solução por ele indicada - deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade (v. supra).

Da exposição apresentada extrai-se que a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica[81]. É certo, no entanto, que cada uma das três eta

80 Essa estrutura em geral não se repete com as regras, de modo que a ponderação de regras será um fenômeno muito mais complexo e excepcional.

81 Há, na verdade, quem critique essa necessidade e a própria conveniência de aplicar-se a ponderação a temas constitucionais que, por seu caráter fundamental, não deveriam estar sujeitos a avaliações tão subjetivas como as que ocorrem em um processo de ponderação: v. T. Alexander Aleinikoff, Constitutional law in the age of balancing, Yale Law Journal, 96:943, 1987.

pas descritas acima - identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão - envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências[82]. É interessante observar que alguns grandes temas da atualidade constitucional no Brasil têm seu equa- cionamento posto em

termos de ponderação de valores, podendo-se destacar:

a) o debate acerca da relativização da coisa julgada, em que se contrapõem o princípio da segurança jurídica e outros valores socialmente relevantes, como a justiça, a proteção dos direitos da personalidade e outros[83];

b) o debate acerca da denominada "eficácia horizontal dos direitos fundamentais", envolvendo a aplicação das normas constitucionais às relações privadas, em que se contrapõem a autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais[84];

c) o debate acerca do papel da imprensa, da liberdade de expressão e do direito à informação em contraste com o direito à honra, à imagem e à vida privada.

Algumas observações finais sobre o tema. A metáfora da ponderação, associada ao próprio símbolo da justiça, não é imune a críticas, sujeita-se ao mau uso e não é remédio para todas as situações. Embora tenha merecido ênfase recente, por força da teoria dos princípios, trata-se de uma idéia que vem de longe[85]. Há quem a situe como um componente do princípio mais abrangente da proporcionalidade[86] e outros que já a vislumbram como um princípio próprio, autônomo:

82 Para o exame de algumas situações concretas de ponderação na nossa perspectiva, v. Luís Roberto Barroso, Temas de direito constitucional, 2002, t. I: Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro, p. 243 e s. (sobre liberdade de expressão e informação versus políticas públicas de proteção à saúde); Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988, p. 341 e s. (sobre liberdade de expressão versus proteção aos valores éticos e sociais da pessoa e da família). E em Temas de direito constitucional, 2003, t. II: A ordem constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços, p. 47 e s. (sobre livre iniciativa e livre concorrência versus proteção do consumidor); e Banco Central e Receita Federal. Comunicação ao Ministério Público para fins penais. Obrigatoriedade da conclusão prévia do processo administrativo, p. 539 e s. (sobre proteção da honra, imagem e privacidade versus repressão de ilícitos).

83 V. Cândido Rangel Dinamarco, Relativizar a coisa julgada material, in Carlos Valder do Nascimento (coord.), Coisa julgada inconstitucional, 2002, p. 33 e s.

84 Ingo Wolfgang Sarlet, Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado, 2000, p. 107 e s.

85 Roscoe Pound, Interpretations of legal history, 1923, é citado como grande impulsionador da moderna técnica de ponderação, no

âmbito da "jurisprudência sociológica". V. Murphy, Fleming e Harris II, American constitutional interpretation, 1986, p. 309.

86 Robert Alexy, Constitutional rights, balancing, and rationality, 2002, mimeografado, p. 6.

o princípio da ponderação[87]. É bem de ver, no entanto, que a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita. No seu limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções ad hoc, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto[88].

Para evitar ou minimizar o risco identificado acima, a doutrina tem se empenhado em desenvolver alguns elementos de segurança, alguns vetores interpretativos. De fato, para que as decisões produzidas mediante ponderação tenham legitimidade e racionalidade, deve o intérprete:

a) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte seja do legislador;

b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equi- paráveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas;

c) produzir, na intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos[89 e 90].

87 Ricardo Lobo Torres, Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação, in Urbano Zilles (coord.), Miguel Reale: estudos em homenagem a seus 90 anos, 2000, p. 643 e s.

88 Antônio Henrique Corrêa da Silva, em monografia de final de curso na Pós-graduação em Direito Público da UERJ, significativamente denominada Colisão de princípios e ponderação de interesses: solução ruim para problema inexistente, 2002, faz densa crítica à idéia de ponderação em si e, considerando artificiais as distinções entre regra e princípio, concluiu: "a) a distinção entre regra e princípio é inócua do ponto de vista funcional, uma vez que o princípio não pode operar por si só, mas apenas através de uma regra que dele se extraia; b) a 'colisão de princípios' é, na verdade, um conflito de regras extraídas de princípios, que podem ou não ser solucionáveis pelos critérios tradicionais de superação de antinomias".

89 V. Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005, p. 125 e s. A autora procura delinear, ainda, dois parâmetros gerais para a ponderação, expostos analitica- mente no desenvolvimento de sua tese e assim resumidos na conclusão do trabalho: "Ao longo do processo ponderativo o intérprete pode lançar mão de dois parâmetros gerais: (i) os enunciados com estrutura de regra (dentre os

quais os núcleos dos princípios que possam ser descritos dessa forma) têm preferência sobre aqueles com estrutura de princípios; e (ii) as normas que promovem diretamente os direitos fundamentais dos indivíduos e a dignidade humana têm preferência sobre aqueles que apenas indiretamente contribuem para esse resultado".

90 O conceito de conteúdo essencial dos direitos fundamentais é objeto de diversas teorias. Tem conquistado adesões a idéia de uma íntima relação entre os conceitos de conteúdo essencial e proporcionalidade, para concluir que as restrições a direitos fundamentais que passem no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos. V. Luís Virgílio Afonso da Silva, O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, mimeografado, 2005, p. 259-260 e 272, onde resumiu tal raciocínio no seguinte silogismo: "Restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais; restrições que passem pelo teste da proporcionalidade são constitucionais; restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial" (texto ligeiramente editado).

A ponderação, como estabelecido acima, socorre-se do princípio da razoa- bilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito. Idealmente, o intérprete deverá fazer concessões recíprocas entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles. Situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização. Nesses casos, o intérprete precisará fazer escolhas, determinando, in concreto, o princípio ou direito que irá prevalecer.

Tomem-se dois dos exemplos citados no tópico anterior. No caso da Rua Inhangá, em que um pregador religioso iniciava sua atividade às 7 horas da manhã de domingo, há uma solução relativamente simples capaz de harmonizar, mediante concessões recíprocas, a liberdade religiosa e o direito ao repouso: a fixação do horário das iO horas da manhã para o início da pregação[91]. Porém, no caso Glória Trevi, o Supremo Tribunal Federal fez uma escolha: optando pelo direito à honra sobre o direito de privacidade, determinou a realização do exame de DNA na placenta que envolvia o bebê, levado a efeito logo em seguida ao parto[92]. Naturalmente, nas hipóteses em que a solução produzida não decorre de uma lógica subsuntiva, o ônus argumentativo se potencializa, devendo o intérprete demonstrar, analiticamente, a construção do seu raciocínio. Daí a necessidade de se resgatar a argumentação jurídica.

VI A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA[93]

1 Algumas anotações teóricas

A argumentação faz parte do mundo jurídico, que é feito de linguagem, racionalidade e convencimento. Todos os participantes do processo apresentam

91 Esse caso não gerou uma demanda judicial, tendo sido

solucionado por composição amigável entre os moradores da rua e o pregador religioso.

92 STF, DJU, 27 jun. 2003, Rcl 2.040/DF, Rei. Min. Néri da Silveira: "Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradição n. 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5£, da CF/88. (...) 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do 'prontuário médico' da reclamante".

93 Sobre o tema, v. Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, Tratado da argumentação: a nova retórica, 1996 (1- edição do original Traité de Vargumentation: la nouvelle rhétorique, 1958); Stephen E. Toulmin, The uses of argument, 1958; Neil Maccormick, Legal reasoning and legal theory, 1978; Robert Alexy, Teoria de la argumentación jurídica, 2001 (1- edição do original Theorie der juristischen Argumentation, 1978); Manuel Atienza, As razões do Direito, Teorias da argumentação jurídica, 2002; Antônio Carlos Cavalcanti Maia, Notas sobre direito, argumentação

argumentos e a fundamentação é requisito essencial da decisão judicial[94]. No entanto, como já assinalado, a interpretação jurídica lida com casos fáceis e com casos difíceis. Os casos fáceis podem ser decididos com base na lógica formal, dedutiva, aplicando-se a norma pertinente aos fatos, mediante subsunção. Nos casos difíceis, porém, a solução precisa ser construída tendo em conta elementos que não estão integralmente contidos nos enunciados normativos aplicáveis. Valorações morais e políticas precisarão integrar o itinerário lógico da produção da decisão. Este é o ambiente típico da argumentação jurídica[95].

Argumentação é a atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício de justificação de determinada tese ou conclusão. Trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta, que tem como elementos fundamentais: (i) a linguagem, (ii) as premissas que funcionam como ponto de partida e (iii) regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão[96]. A necessidade da argumentação se potencializa com a substituição da lógica formal ou dedutiva pela razão prática[97], e tem por finalidade propiciar o controle da racionalidade das decisões judiciais.

e democracia, in Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), 1988-1998: uma década de Constituição, 1999; Manuel Atienza, Argumentación jurídica, in Ernesto Garzón Valdés e Francisco J. Laporta, Ei Derecho y la justicia, 2000; Vicente de Paulo Barreto (coord.), Dicionário de filosofia do Direito, 2006, verbetes: "Argumentação" (Antônio Carlos Cavalcanti Maia), "Argumentação jurídica" (Antônio Carlos Cavalcanti Maia e

Thomas da Rosa de Bustamante) e "Razão prática e razão teórica" (Frederico Bonaldo e Renato Rezende Beneduzi).

94 CPC, art. 458, II.

95 Típico, mas não exclusivo. De fato, embora a lógica formal dedutiva não possa dar conta de todos os problemas da interpretação e aplicação do Direito, ainda assim ela desempenha um papel importante e, freqüentemente, estará presente na argumentação jurídica. Por essa razão, ao se referir aos autores pioneiros da teoria da argumentação, anotou Manuel Atienza: "En lo que se equivocaron es en llevar demasiado lejos su crítica y en sostener que la lógica formal deductiva no tiene praticamente nada que decir sobre la argumentación jurídica" (Argumentación jurídica, in Ernesto Garzón Valdés e Francisco J. Laporta, El Derecho y la justicia, 2000, p. 233).

96 V. Antonio Carlos Cavalcanti Maia, verbete "Argumentação", in Vicente de Paulo Barreto (coord.), Dicionário de filosofia do Direito, 2006, p. 60.

97 A razão teórica busca a verdade, o conhecimento, e tem por conduta típica a contemplação. A razão prática busca a produção do bom e do justo, e realiza-se pela ação. Através de um uso teórico da razão, o sujeito do conhecimento examina a realidade e busca descrevê-la com objetividade. No campo da teoria do Direito, esse uso da razão caracteriza aquelas concepções que se dispõem a dizer o que o Direito é, sem julgá-lo. É o caso, em especial, da teoria pura do direito, de Kelsen. Um uso prático da razão, por seu turno, é voltado para o estabelecimento de padrões de comportamento, caracterizados como justos. É através de um uso prático da razão que são construídos princípios de justiça a partir dos quais é possível julgar os preceitos de um ordenamento jurídico concreto. A razão prática é o direcionamento da vontade à consecução daqueles valores éticos. Sobre o tema, vejam-se: Frederico Bonaldo e Renato Rezende Beneduzi, verbete "Razão prática e razão teórica", in Vicente de Paulo Bar

A argumentação jurídica desenvolveu-se, especialmente, no quarto final do século passado[98]. Liga-se ela à idéia de que a solução dos problemas que envolvem a aplicação do Direito nem sempre poderá ser deduzida do relato da norma, mas terá de ser construída indutivamente, tendo em conta fatos, valores e escolhas. As diferentes teorias da argumentação jurídica têm por objetivo estruturar o raciocínio jurídico, de modo a que ele seja lógico e transparente, aumentando a racionalidade do processo de aplicação do Direito e permitindo um maior controle da justificação das decisões judiciais[99].

O crescimento da importância da argumentação jurídica na hermenêutica e na filosofia do Direito tem motivações associadas à filosofia política e à filosofia moral. No plano político, o debate se reconduz à onipresente questão da legitimidade democrática da atividade judicial: na medida em que se reconhece que o juiz participa criativamente da

construção da norma, o fundamento de sua atuação já não pode repousar exclusivamente no princípio da separação de Poderes. A argumentação, a demonstração racional do itinerário lógico percorrido, o esforço de convencimento do auditório[100] passam a ser fonte de legitimação e controlabilidade da decisão. No plano moral, já não se aceita, sem

reto (coord.), Dicionário de filosofia do Direito, 2006, p. 690-695; Cláudio Pereira de Souza Neto, A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo, Revista de Direito do Estado, 1:89, 2006; e Manuel Atienza, As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica, 2002, p. 200: "A exigência mais fundamental da racionalidade prática é que, a favor de uma ação, deve-se apresentar algum tipo de razão, seja avaliativa (valorativa) ou finalista".

98 Uma primeira fase, no período que se seguiu ao término da Segunda Guerra, congregou autores distintos e distantes, reunidos na rejeição à lógica formal, à lógica dedutiva, com destaque para a Tópica, de Viehweg (1953), a Lógica do razoável, de Recaséns Siches, a Nova retórica, de Perelman (1958), e a Lógica não formal, de Toulmin (1958). Todavia, assinala Manuel Atienza, Argumentación jurídica, in Ernesto Garzón Valdés e Francisco J. Laporta, El Derecho y la justicia, 2000, p. 234, "o mérito de elaborar verdadeiras teorias da argumentação jurídica corresponde a diversos autores de décadas posteriores, como Aarnio (1987), Alexy (1978), MacCormick (1978), Peczenik (1984) e Wróblewsky (1974)".

99 Antonio Carlos Cavalcanti Maia e Thomas da Rosa de Bustamante, no verbete "Argumentação Jurídica", in Vicente de Paulo Barreto (coord.), Dicionário de filosofia do Direito, 2006, p. 66, registram o que identificam como uma definição comum às diferentes propostas: "Teorias da argumentação jurídica são teorias sobre o emprego dos argumentos e o valor de cada um deles nos discursos de justificação de uma decisão jurídica, visando a um incremento de racionalidade na fundamentação e aplicação prática do Direito, na máxima medida possível".

100 A idéia de auditório está em Perelman e Tyteca, significando "o conjunto que o orador quer influenciar com sua argumentação". Existe o auditório particular, que é o público que compartilha de determinado conjunto de valores e pré-compreensões, como, por exemplo, a comunidade jurídica; e o auditório universal, que se caracteriza pela pluralidade de pontos de vista, só podendo ser convencido por argumentos tendentes à universalização. V. Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, Tratado da argumentação: a nova retórica, 1996, p. 22-39.

objeção profunda, que qualquer decisão emanada da autoridade competente seja legítima. Cada vez mais se exige sua justificação racional e moral, vale dizer, sua justiça intrínseca[101].

A argumentação jurídica é um caso especial da teoria da argumentação. Como tal, deve obedecer às regras do discurso racional: as conclusões devem decorrer logicamente das premissas, não se admite o uso da força ou da coação psicológica, deve-se observar o princípio da não

contradição, o debate deve estar aberto a todos, dentre outras[102]. Paralelamente, outras regras específicas do discurso jurídico deverão estar presentes, como a preferência para os elementos normativos do sistema, o respeito às possibilidades semânticas dos textos legais, a deferência para com as deliberações majoritárias válidas e a observância dos precedentes, para citar alguns exemplos.

2 Alguns aspectos práticos

Após um primeiro momento de perplexidade, os iniciantes no estudo do Direito passam a encarar com naturalidade um fenômeno que causa estranheza a uma pessoa leiga: a existência de decisões em sentidos opostos acerca de uma mesma matéria, posições doutrinárias divergentes e até votos conflitantes em um mesmo julgado[103]. Isto é: considerados os mesmos fatos e os mesmos

101 Manuel Atienza, Argumentación jurídica, in Ernesto Garzón Valdés e Francisco J. Laporta, EI Derecho y Ia justicia, 2000, p. 231-232: "En el contexto de las sociedades contemporâneas, existe cada vez más la idea de que las decisiones de los órganos públicos no se justi- fican simplemente por haber sido adoptadas por órganos que directa o indirectamente reflejan las opiniones de las mayorías. Es también necesario que las decisiones estén racionalmente justificadas, es decir, que en favor de las mismas se aporten argumentos que hagan que la decisión pueda ser discutida y controlada".

102 Sobre a tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, bem como sobre uma sistematização das regras e formas do discurso prático em geral, v. Robert Alexy, Teoria da argumentação jurídica, 2001, p. 186 e s. e 212.

103 O HC 73.662/MG (STF, DJU, 20 set. 1996, Rei. Min. Marco Aurélio) é um exemplo interessante e emblemático do que se afirmar. A discussão envolvia a interpretação dos arts. 213 e 224, alínea a, do Código Penal, e, em particular, da presunção de violência nos casos de relação sexual com menor de 14 anos, para o fim de se considerar caracterizada a ocorrência do crime de estupro. O voto do Relator defendeu que a presunção deveria ser compreendida como relativa, sendo afastada tanto pelas circunstâncias do caso concreto (a menor levava vida promíscua, aparentava maior idade e consentiu com a relação sexual) como por força da norma constitucional que prevê deva ser conferida especial proteção à família (art. 226). Isso porque, segundo o Ministro Relator, cinco anos já se haviam passado do evento e, nesse ínterim, o paciente no habeas corpus, condenado por estupro, havia casado e constituído família. Os votos vencidos, por outro lado, e afora outros argumentos, defendiam a presunção absoluta de violência no caso com fundamento no art. 227, § 4ª, da Constituição, pelo qual "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente".

elementos normativos, pessoas diferentes poderão chegar a conclusões diversas. A principal questão formulada pela chamada teoria da

argumentação pode ser facilmente visualizada nesse ambiente: se há diversas possibilidades interpre- tativas acerca de uma mesma hipótese, qual delas é a correta? Ou, ainda que não se possa falar de uma decisão correta[104], qual (ou quais) delas é(são) capaz(es) de apresentar uma fundamentação racional consistente? Como verificar se determinado argumento é melhor do que outro?

Existem incontáveis propostas de critérios para orientar a argumentação jurídica. Não é o caso de investigá-los aqui. A matéria, por suas implicações e complexidades, transformou-se em um domínio autônomo e altamente especializado. Por ilustração, são estudados brevemente três parâmetros que se consideram pertinentes e recomendáveis: a) a necessidade de fundamentação normativa; b) a necessidade de respeito à integridade do sistema; c) o peso (relativo) a ser dado às conseqüências concretas da decisão.

Em primeiro lugar, a argumentação jurídica deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos (implícitos que sejam) que lhe deem sustentação. O intérprete deve respeito às normas jurídicas - i.e., às deliberações majoritárias positivadas em um texto normativo à dogmática jurídica - i.e., aos conceitos e categorias compartilhados pela doutrina e pela jurisprudência, que, mesmo não sendo unívocos, têm sentidos mínimos - e deve abster-se de voluntarismos. Não basta, portanto, o senso comum e o sentido pessoal de justiça: é necessário que juizes e tribunais apresentem elementos da ordem jurídica que embasem tal ou qual decisão. Em suma: a argumentação jurídica deve preservar exatamente o seu caráter jurídico - não se trata de uma argumentação que possa ser estritamente lógica, moral ou política.

Em segundo lugar, a argumentação jurídica deve preservar a integridade do sistema[105]. Isso significa que o intérprete deve ter compromisso com a unidade,

104 Com efeito, praticamente todas as teorias que se têm desenvolvido sobre os parâmetros que a argumentação deve observar para ser considerada válida reconhecem que, muitas vezes, não haverá uma resposta certa, mas um conjunto de soluções plausíveis e razoáveis. V. Manuel Atienza, As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica, 2002, p. 40 e s.

105 A idéia de law as integrity é um dos conceitos-chave do pensamento de Ronald Dworkin, tendo sido desenvolvido no capítulo VII de sua obra Law's empire, 1986 (em português, O império do Direito, 1999, p. 271 e s.). Em outra obra, intitulada Freedom's law, 1996, Dworkin volta ao tema, ao afirmar que a leitura moral da Constituição, por ele preconizada, é limitada pela exigência de integridade constitucional, afirmando: "Judges may not read their own con- victions into the Constitution. They may not read the abstract moral clauses as expressing any particular moral judgment, no matter how much that judgment appeals to them, unless they find it consistent in principie with the structural

design of the Constitution as a whole, and also with the dominant lines of past constitutional interpretation by other judges". (Tradução livre: Os juizes não devem ler suas próprias convicções na Constituição. Não devem ler cláusulas morais abstratas como se expressassem algum juízo moral particular, não im

com a continuidade e com a coerência da ordem jurídica. Suas decisões, portanto, não devem ser casuísticas ou idiossincráticas, mas universalizáveis a todos os casos em que estejam presentes as mesmas circunstâncias, bem como inspiradas pela razão pública[106]. Além disso, o intérprete deve procurar observar os precedentes e impedir variações não fundamentadas de entendimento. De fato, o respeito à jurisprudência é uma forma de promover segurança jurídica e de resguardar a isonomia[107]. O juiz não pode ignorar a história, as sinalizações pretéritas e as expectativas legítimas dos jurisdicionados. Na boa imagem de Ronald Dworkin, a prática judicial é como um "romance em cadeia", escrito em vários capítulos, em épocas diferentes[108]. É possível exercer a própria criatividade, mas sem romper com a integridade do Direito. Guinadas no enredo serão sempre possíveis - para fazer frente a novas realidades ou mesmo para corrigir um juízo anterior que se reputa equivocado -, mas deverão ser cuidadosamente justificadas e poderão ter seus efeitos limitados ou adiados para evitar injustiças flagrantes.

Em terceiro lugar, o intérprete constitucional não pode perder-se no mundo jurídico, desconectando-se da realidade e das conseqüências práticas de sua atuação. Sua atividade envolverá um equilíbrio entre a prescrição normativa (deontologia), os valores em jogo (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (consequencialismo)[109]. Por certo, juizes e tribunais não podem lançar mão

porta quão adequado esse juízo lhes pareça, a menos que o considerem consistente em princípio com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com as linhas dominantes da interpretação constitucional assentadas pelos juizes que os antecederam.)

106 Naturalmente, a idéia de integridade não se confunde com a de uniformidade nem importa em vedação ao eventual temperamento da lei à vista do caso concreto.

107 V. Luís Roberto Barroso, Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais, Revista de Direito do Estado, 2:261, 2006, p. 269: "A observância dos precedentes liga-se a valores essenciais em um Estado de direito democrático, como a racionalidade e a legitimidade das decisões judiciais, a segurança jurídica e a isonomia. Essa circunstância deve ser levada em conta no processo de ponderação a ser empreendido para determinação da retroatividade ou não de determinada decisão judicial".

108 V. Ronald Dworkin, O império do Direito, 1999, p. 275 e

s.

109 A idéia de consequencialismo aqui adotada não coincide com a perspectiva de Maquia- vel - "os fins justificam os meios" - nem com a tradição utilitarista de Bentham e Mill nem tampouco com o pragmatismo da análise econômica do Direito. Mais próxima da concepção aqui exposta é a doutrina de Neil MacCormick, assim sintetizada por Manuel Atienza, As razões do Direito, 2002, p. 196: "[A] concepção consequencialista de MacCormick pode ser compatível com a idéia de que, para justificar as decisões judiciais, utilizam-se dois tipos de razões substantivas: as razões finalistas (uma decisão se justifica por promover um determinado estado de coisas, considerado desejável) e as razões de correção (uma decisão se justifica por ser considerada correta ou boa em si mesma, sem levar em conta nenhum outro objetivo posterior). De certo modo, a orientação de acordo com fins e a orientação segundo um critério de correção são duas faces da mesma moeda, pois os fins a levar em conta são, em última instância, os fins corretos de acordo com o ramo do Direito de que se trate".

de uma argumentação inspirada exclusivamente pelas conseqüências práticas de suas decisões. Pelo contrário, devem ser fiéis, acima de tudo, aos valores e princípios constitucionais que lhes cabe concretizar. Nada obstante isso, o juiz constitucional não pode ser indiferente ã repercussão de sua atuação sobre o mundo real, sobre a vida das instituições, do Estado e das pessoas.

Até porque tais conseqüências não serão indiferentes aos valores normativos vigentes. Um exemplo ajudará a elucidar o ponto: sendo possível prever, com razoável segurança, que determinada decisão irá produzir danos à igualdade entre homens e mulheres, parece evidente que essa circunstância não poderá ser ignorada por juizes e tribunais[110]. A avaliação das conseqüências prováveis pode consubstanciar-se em um imperativo de boa aplicação do Direito considerado em seu conjunto, e não em uma indagação inteiramente metajurídica[111]. Coisa diversa, e ilegítima, seria a produção de um verdadeiro

110 O STF, em interessante precedente, declarou que a Emenda Constitucional n. 20/98 deveria receber interpretação conforme para excluir de sua incidência a licença à gestante, justamente para evitar uma provável conseqüência prática negativa para a igualdade da mulher no mercado de trabalho. Confira-se: STF, DJU, 16 maio 2003, ADIn 1.946/DF, Rei. Min. Sydney Sanches: "Na verdade, 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 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. 7-, inc. XXX,

da C.F./88), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5- 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 não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. (...) 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7-, inciso XVIII, da Constituição Federal".

111 Pelo contrário, a consideração das conseqüências prováveis legitima-se justamente por ser reconduzida a argumentos normativos, por se orientar à promoção dos fins tutelados pela ordem jurídica. Como não se trata de ruptura com o Direito posto, o espaço para avaliações consequencialistas tende a crescer nos chamados casos difíceis, quando o ordenamento não fornece solução unívoca para o problema sob exame. Diante de opções possíveis e razoáveis de solução, parece natural que a preferência recaia sobre aquela que, num juízo probabilísti- co, melhor atenda aos fins constitucionalmente protegidos ou, quando menos, deixe de constituir ameaça aos mesmos. Em linha semelhante, v. Neil MacCormick, Argumentação jurídica ê teoria do Direito, 2006, p. 192-193: "Considerando-se que a concepção que se tem das leis é racional e deliberada, parece de fato essencial que a justificação de qualquer decisão

juízo de conveniência e oportunidade políticas - típico dos agentes públicos eleitos - ocultado sob a forma de decisão judicial[112].

Aqui vale fazer uma nota. Os três parâmetros de argumentação expostos acima estão relacionados com um dos problemas suscitados pela teoria da argumentação, talvez o principal deles: a verificação da correção ou validade de uma argumentação que, consideradas certas premissas fáticas e a incidência de determinadas normas, conclui que uma conseqüência jurídica deve ser aplicada ao caso concreto. Isto é: cuida-se aqui do momento final da aplicação do Direito, quando os fatos já foram identificados e as normas pertinentes selecionadas. Isso não significa, porém, que esses dois momentos anteriores - seleção de fatos e de enunciados normativos - sejam autoevidentes. Ao contrário.

Desse modo, fica apenas o registro de que, além da questão posta acima, outros dois problemas que têm ocupado os estudiosos da argumentação jurídica envolvem exatamente a seleção das normas e dos fatos que serão considerados em determinada situação. Com efeito, não é incomum, diante de um caso, que alguns fatos sejam considerados

relevantes e outros, ignorados. Que critérios levam o intérprete a dar relevância jurídica a alguns eventos e preterir outros[113]?

numa área não comandada por uma norma expressa que envolva obrigação, ou quando uma norma semelhante for ambígua ou incompleta, prossiga pela verificação das decisões propostas à luz de suas conseqüências". Para uma interessante discussão sobre o uso de argumentos consequencialistas e sua compatibilização com uma leitura moral da Constituição, com referência a julgados do STF, v. Cláudio Pereira de Souza Neto, Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685, Interesse Público, 37:69, 2006.

112 Imagine-se que determinado juiz, tendo preferência pessoal por um modelo interven- cionista de Estado, declare a existência de um regime de monopólio ou privilégio estatal sobre determinada atividade, embora os elementos normativos envolvidos apontem a prevalência do regime da livre-iniciativa. Ou então que declare inconstitucional uma eventual nova lei de locações que confira proteção reforçada contra o despejo, apenas por considerar que a dinâmica do mercado seria mais eficiente para assegurar uma melhor oferta de imóveis a médio prazo. Esse tipo de avaliação não compete aos juizes, e sim aos agentes eleitos, respeitadas as balizas constitucionais. Ainda nessa temática, v. Diego Werneck Arguelles, Deuses pragmáticos, mortais formalistas: a justificação consequencialista de decisões judiciais, mimeo- grafado, dissertação de mestrado apresentada em 2006 ao Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

113 Um exemplo dessa espécie de problema pode ser observado na decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou legítima a aplicação de aumento da alíquota do imposto de renda, publicado ao longo de determinado ano, ao fato gerador que se consolidou em 31 de dezembro daquele mesmo ano. Na hipótese, era possível considerar ao menos duas circunstâncias aparentemente relevantes: (i) o fato gerador já estava em curso quando do incremento da alíquota; e (ii) o fato gerador se consolida no dia 31 de dezembro. O intérprete que tomasse em consideração apenas o primeiro fato poderia concluir pela inconstitucionalidade do aumento, tendo em conta o princípio constitucional da anterioridade tributária. Por outro lado, aquele que apenas considerasse relevante o segundo, como fez o STF, entenderia cons

Também a seleção da norma ou normas aplicáveis, isto é, o estabelecimento da premissa normativa, nem sempre é um evento simples. A pergunta aqui, que muitas vezes não terá uma resposta unívoca, pode ser formulada nos seguintes termos: que normas são pertinentes ou aplicáveis ao caso[114]?

Em suma, o controle da racionalidade, correção e justiça do discurso jurídico suscita questões diversas e complexas, que envolvem a compreensão do Direito, a seleção dos fatos e o exame das diversas soluções possíveis. Desnecessário dizer que se vive um tempo de perda na objetividade e na previsibilidade da interpretação em geral, com redução da

segurança jurídica (ou da antiga percepção de segurança jurídica, que talvez fosse superestimada). Atente-se, porém, que as diferentes categorias da nova interpretação, estudadas nesse capítulo, não são a causa da insegurança. Justamente ao contrário, procuram elas lidar racionalmente com as incertezas e angústias da pós-modernidade - marcada pelo pluralismo de concepções e pela velocidade das transformações - e de uma sociedade de massas, de riscos e de medos.

No ambiente da colisão, da ponderação e da argumentação, freqüentemente não será possível falar em resposta correta para os problemas jurídicos postos, mas sim em soluções argumentativamente racionais e plausíveis. A legitimação da decisão virá de sua capacidade de convencimento, da demonstração _ lógica de que ela é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional in concreto. Não é incomum a ocorrência de idas e vindas durante a tramitação processual, com reconsiderações e reformas dos pronunciamentos judiciais. Para confirmar esta assertiva, tomem-se os exemplos utilizados anteriormente neste capítulo (v. supra) para ilustrar a colisão dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e de informação com os direitos da personalidade à privacidade, à honra e à imagem.

titucional a incidência do aumento desde logo. Confira-se: "Tratava-se, nesse precedente, como nos da súmula, de Lei editada no final do ano-base, que atingiu a renda apurada durante todo o ano, já que o fato gerador somente se completa e se caracteriza, ao final do respectivo período, ou seja, a 31 de dezembro" (STF, DJU, 8 maio 1998, RE 194.612/SC, Rei. Min. Sydney Sanches).

114 Nos casos, e.g., em que o conteúdo de matérias jornalísticas se pode opor à honra e à privacidade, há autores que procuram solucionar o problema afirmando que a liberdade de expressão assegurada constitucionalmente é aplicável apenas às pessoas naturais, individualmente consideradas, e não às empresas que exploram meios de comunicação. Estas gozariam apenas da liberdade de empresa e de iniciativa, direitos também assegurados pela Constituição, mas que poderiam ser restringidos com muito maior facilidade que a liberdade de expressão, prevista, afinal, como uma cláusula pétrea. Esta é a posição do professor Fábio Konder Comparato, expressa em obra coletiva em homenagem a Paulo Bonavides (A democratização dos meios de comunicação de massa, in Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (coord.), Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides, 2001). Ora, o fato de a liberdade de expressão ser ou não um elemento normativo relevante no caso é fundamental para sua solução.

No primeiro caso, uma jovem fizera topless em uma praia de Santa Catarina. Tendo sido sua foto divulgada em um jornal de grande circulação local, postulou ela indenização por danos morais. O juiz de primeiro grau julgou improcedente o pedido, sob o fundamento de que a imagem fora exposta voluntariamente em lugar público. Em apelação, uma das Câmaras do Tribunal de Justiça reformou a decisão, entendendo que o

uso da imagem de qualquer pessoa não pode jamais prescindir de autorização. Em embargos infringentes, contudo, o Tribunal reformou o acórdão anterior, baseado no argumento de que a própria autora da ação expusera sua intimidade numa praia lotada e em pleno feriado. Esta última decisão foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça[115].

O segundo caso passou-se na Alemanha. A princesa Caroline de Mônaco ingressou em juízo solicitando uma ordem para impedir que determinada revista de variedades expusesse fotos suas e de sua família em atividades relativas à sua vida privada. A demanda percorreu diferentes instâncias e chegou ao Tribunal Constitucional Federal. A decisão da corte constitucional foi no sentido de interditar a divulgação de fotos dos filhos menores da autora, bem como dela própria quando se encontrasse em lugares não públicos (secluded places). Todavia, entendeu o Tribunal que uma pessoa pública, em locais públicos, não podia ter a pretensão legítima de impedir a divulgação da sua imagem[116]. Levada a matéria à Corte Europeia de Direitos Humanos, decidiu ela, por unanimidade, que a decisão alemã estava em desconformidade com a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, por violar o direito à vida privada da autora em nome da divulgação de matéria desprovida de interesse público[117].

115 STJ, DJU, 13 set. 2004, REsp 595.600/SC, Rei. Min. César Rocha: "Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é ilícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada".

116 A decisão foi proferida em 1999 (1 BvR 653/96).

117 A decisão da CEDH, sediada em Estrasburgo, foi proferida em 24.6.2004. Não se está aqui de acordo com os seus fundamentos, que foram sintetizados no julgado da seguinte forma: "76. Nesses termos, a Corte entende que o elemento decisivo na ponderação entre a proteção dos direitos à privacidade e à liberdade de expressão reside na contribuição das fotos e matérias publicadas para uma discussão de interesse coletivo. Neste caso, ficou claramente demonstrado que elas não trazem tal contribuição, uma vez que a autora não exerce nenhuma função pública, e que as fotos e matérias estão exclusivamente relacionadas a detalhes de sua vida pessoal. 77. Além disso, a Corte entende que o público em geral não tem interesse legítimo em saber que lugares a autora freqüenta e de que maneira ela se comporta em sua vida particular, ainda que a autora esteja em algum lugar que não seja propriamente recluso, e ainda que seja ela uma figura pública. Mesmo que tal interesse exista, assim como existe o interesse econômico da revista em publicar as fotos e as matérias, no presente caso, o enten

O terceiro e último caso envolveu o protagonista de um crime

passional ocorrido em Búzios, no Estado do Rio de Janeiro, na segunda metade da década de 70 do século passado. O autor do crime fora absolvido em um primeiro julgamento, tendo prevalecido a tese de "legítima defesa da honra". Em um segundo julgamento, foi condenado pelo Tribunal do Júri e cumpriu pena. Quando uma emissora de televisão decidiu encenar o episódio, anos depois, insurgiu-se o ex-condenado, sob o fundamento de violação de sua honra, imagem e privacidade, afirmando que havia se submetido às penas da lei e que já estava ressocializado. O juiz de primeiro grau concedeu-lhe liminar para impedir a exibição do programa. O Tribunal de Justiça revogou a liminar. No julgamento do pedido de reparação de danos, após a exibição do programa, entendeu, por dois votos a um, ser indevida qualquer indenização[118].

Tome-se este último exemplo para, em desfecho do tópico, fazer um exercício singelo de ponderação e argumentação. As normas em colisão são, de um lado, os arts. 5-, IV, IX, XIV, e 220 da Constituição, que tutelam a liberdade de expressão e de informação; e, de outro, o art. 5-, X, que resguarda a inviolabilidade da privacidade, da honra e da imagem das pessoas. Os fatos relevantes parecem ser: natureza descritiva do programa a ser exibido, sem juízos de valor sobre o crime ou seu autor; relato baseado em registros históricos confiáveis, inclusive de natureza pública; evento criminoso ocorrido no passado; autor condenado e pena cumprida, extinta há diversos anos; autor já ressocializado, tendo inclusive esposa e filhos. As soluções possíveis, à primeira vista, eram: impedir ou autorizar a exibição.

Não se trata de um caso fácil, por envolver um conflito de direitos fundamentais, sem que o ordenamento forneça, em tese, a solução constitucionalmente adequada. O juiz, portanto, terá de realizar a ponderação entre os valores em conflito, fazendo concessões recíprocas e/ou escolhas. E, reconheça-se, pessoas esclarecidas e de boa-fé poderão produzir soluções diferentes para o problema. Veja-se, a seguir, a demonstração argumentativa de uma delas, co

dimento da Corte é de que esses interesses devem ceder ao direito da autora de proteger sua vida privada. (...) 79. Levando-se em conta os elementos acima descritos, e apesar da margem de apreciação conferida ao Estado nessa região, a Corte considera que os tribunais alemães não lograram justa ponderação nessa situação. 80. Houve uma brecha no artigo 8^2 da convenção". Nossa posição na matéria é no sentido de que se presume o interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro, ocorrido no espaço público, ainda mais quando envolva pessoas públicas. Com efeito, o interesse público, no caso, reside na própria liberdade de expressão e informação, essenciais ao funcionamento do regime democrático, a despeito do conteúdo veiculado (que pode ou não se revestir de interesse público autônomo).

118 TJRJ, DORJ, 3 abr. 2006, AC 2005.001.54774. Rei. Min. Milton Fernandes de Souza: "Nesse contexto, o relato de acontecimento

relacionado a crime doloso contra a vida, fato verídico e público, não constitui abuso ou lhe retira o caráter puramente informativo, e descaracteriza afronta a honra e imagem de pessoa que se obriga a conviver com seu passado".

meçando por identificar alguns dos elementos a serem ponderados no conflito entre liberdade de expressão/informação e direitos da personalidade, dentre os quais se incluem os seguintes[119]:

a) a veracidade do fato[120];

b) a licitude do meio empregado na obtenção da informação[121];

c) a personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia[122];

d) o local do fato[123];

e) a natureza do fato[124];

f) a existência de interesse público na divulgação da tese[125].

Da aplicação de tais elementos ao caso concreto, o juiz/tribunal pode estruturar sua decisão de considerar legítima a exibição do programa com base

119 Essa questão é explorada com maior detalhe e com remissão a farta bibliografia em Luís Roberto Barroso, Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação, in Temas de direito constitucional, 2005, t. III, p. 113 e s. (Parâmetros constitucionais para a ponderação na hipótese de colisão).

120 Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa-fé e dentro de critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade. É bem de ver, no entanto, que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade.

121 Se a notícia tiver sido obtida mediante interceptação telefônica clandestina, invasão de domicílio ou violação de segredo de justiça, sua divulgação não será legítima.

122 Em nome da transparência democrática, pessoas que ocupam cargo público têm o seu direito de privacidade tutelado em intensidade mais branda. Da mesma forma, pessoas notórias, como artistas, atletas, modelos e pessoas do mundo do entretenimento, pela exposição pública de sua atividade, estão sujeitas a critério menos rígido do que pessoas de vida estritamente privada. Evidentemente, menor proteção não significa supressão do direito.

123 Os fatos ocorridos em local reservado têm proteção mais ampla do que os acontecidos em locais públicos. Eventos ocorridos no interior do domicílio de uma pessoa, como regra, não são passíveis de divulgação contra a vontade dos envolvidos. Será diferente, em princípio, se

ocorrerem na rua, em praça pública ou em lugar de acesso ao público, como um restaurante ou o saguão de um hotel.

124 Há fatos que são notícia, independentemente dos personagens envolvidos. Acontecimentos da natureza (tremor de terra, enchente), acidentes (automobilístico, incêndio, desabamento), assim como crimes em geral, são passíveis de divulgação por seu evidente interesse jornalístico, ainda quando exponham a intimidade, a honra ou a imagem de pessoas neles envolvidas.

125 O interesse público na divulgação de qualquer fato verdadeiro se presume, como regra geral. A sociedade moderna gravita em torno da notícia, da informação, do conhecimento e de idéias. Sua livre circulação, portanto, é da essência do sistema democrático e do modelo de sociedade aberta e pluralista que se pretende preservar e ampliar. Caberá ao interessado na não divulgação demonstrar que, em determinada hipótese, existe um interesse privado excepcional que sobrepuja o interesse público residente na própria liberdade de expressão e de informação.

nos seguintes fundamentos: a) o fato é verdadeiro, conforme reconhecido por decisão transitada em julgado; b) o conhecimento do fato foi obtido por meio lícito, inclusive constando os dados de registros e arquivos públicos; c) o autor da ação era uma pessoa de vida privada, mas que participou de um evento de repercussão pública e grande visibilidade; d) por sua natureza, crime não é fato da vida privada; e) o interesse público na divulgação de um fato verdadeiro se presume e, in casu, a sociedade brasileira tem o interesse legítimo de saber que no país, em outros tempos, já se aceitou a tese de que um homem podia matar uma mulher em defesa da sua honra.

A solução exposta acima, que se afigura a melhor a nosso ver, não é, todavia, a única logicamente possível. O domínio da colisão dos direitos fundamentais, da ponderação e da construção argumentativa da norma concreta não é feito de verdades plenas ou de certezas absolutas. Ele é influenciado não apenas pela maior ou menor complexidade das normas e dos fatos envolvidos, como também pela pré-compreensão do intérprete e pelos valores morais e políticos da sociedade. O que se pode dizer é que a argumentação desenvolvida é dotada de lógica e racionalidade suficientes para disputar a adesão do auditório, isto é, da comunidade jurídica e da sociedade em geral. Esse é o mínimo e o máximo que se pode pretender na busca da solução constitucionalmente adequada para os casos difíceis.

CAPÍTULO V
A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Sumário'. I - Generalidades. II - Origem e evolução do fenômeno. III - A constitucionalização do Direito no Brasil. 1. O direito infraconstitucional na Constituição. 2. A constitucionalização do direito infraconstitucional. 3. A constitucionalização do Direito e seus mecanismos de atuação prática. IV - Alguns aspectos da constitucionalização do Direito. 1. Direito civil. 2. Direito administrativo. 3. Direito penal. V -

Constitucionalização e judicialização das relações sociais. VI - Controlando os riscos da constitucionalização excessiva.

I GENERALIDADES

A locução constitucionalização do Direito é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade ã expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconsti- tucionais do Direito[1]. Embora esta seja uma situação dotada de características próprias, não é dela, tampouco, que se estará cuidando[2].

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e

1 Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988. Sobre o tema, v. Pierre Bon, Table ronde: le cas de Espagne, in Michel Verpe- aux (org.), Code Civil et Constitution(s), 2005, p. 95: "Como se sabe, a Constituição espanhola de 1978 é um perfeito exemplo do traço característico do constitucionalismo contemporâneo, no qual a Constituição não se limita mais, como no passado, a dispor sobre os princípios fundamentais do Estado, a elaborar um catálogo de direitos fundamentais, a definir as competências das instituições públicas mais importantes e a prever o modo de sua revisão. Ela vem reger praticamente todos os aspectos da vida jurídica, dando lugar ao sentimento de que não há fronteiras à extensão do seu domínio: tudo (ou quase) pode ser objeto de normas constitucionais; já não há um conteúdo material (e quase imutável) das Constituições" (tradução livre, texto ligeiramente editado).

2 Não se pode negar, contudo, que a presença na Constituição de normas cujo conteúdo pertence a outros ramos do Direito (civil, administrativo, penal) influencie a interpretação do direito infraconstitucional correspondente. Votar-se-á ao ponto mais à frente.

axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico[3]. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como esse processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as

esferas acima referidas.

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor-lhe deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, su- bordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

II ORIGEM E EVOLUÇÃO DO FENÔMENO

O estudo que se vem empreendendo até aqui relata a evolução do direito constitucional na Europa e no Brasil ao longo das últimas décadas. Esse processo, que passa pelos marcos históricos, filosóficos e teóricos acima expostos, conduz ao momento atual, cujo traço distintivo é a constitucionalização do

3 Alguns autores têm utilizado os termos impregnar e impregnação, que em português, no entanto, podem assumir uma conotação depreciativa. V. Louis Favoreu - notável divulgador do direito constitucional na França, falecido em 2004 -, La constitutionnalization du Droit, in Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, in La constitutionnaiisation des branches du Droit, 1998, p. 191: "Quer-se designar aqui, principalmente, a constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito, ao mesmo tempo que levam à sua transformação". E, também, Ricardo Guastini, La "constitucionalización" dei ordenamiento jurídico: el caso italiano, in Miguel Carbonnel, Neoconstitucionalismo(s), 2003, p. 49: "Por 'constitucionalización dei ordenamiento jurídico' propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término dei qual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente 'impregnado' por Ias normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudência y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como Ias relaciones sociales".

Direito. A aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional foram ritos de passagem para o modelo atual[4]. O leitor atento já se terá dado conta, no. entanto, de que a seqüência histórica percorrida e as referências doutrinárias destacadas não são válidas para três experiências constitucionais marcantes: as do Reino Unido, dos Estados Unidos e da

França. O caso francês será analisado um pouco mais à frente. Um breve comentário é pertinente sobre os outros dois.

No tocante ao Reino Unido, os conceitos não se aplicam. Embora tenha sido o Estado precursor do modelo liberal, com limitação do poder absoluto e afirmação do rule of the law, falta-lhe uma Constituição escrita e rígida, que é um dos pressupostos, como o nome sugere, da constitucionalização do Direito. Poder-se-ia argumentar, é certo, que há entre os britânicos uma Constituição histórica e que ela é, inclusive, mais rígida que boa parte das Cartas escritas do mundo. Ou reconhecer o fato de que o Parlamento inglês adotou, em 1998, o Human Rights Act, incorporando ao Direito interno a Convenção Europeia de Direitos Humanos[5]. Mas mesmo que se concedesse a esses argumentos, não seria possível superar um outro: a inexistência do controle de constitucionalidade e, mais propriamente, de uma jurisdição constitucional no sistema inglês[6]. No modelo britânico vigora a supremacia do Parlamento, e não da Constituição.

Já quanto aos Estados Unidos, a situação é exatamente oposta. Berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição

4 Alguns autores procuraram elaborar um catálogo de condições para a constitucionalização do Direito. É o caso de Ricardo Guastini, La "constitucionalización" dei ordenamiento jurídico: el caso italiano, in Miguel Carbonnel, Neoconstitucionalismo(s), 2003, p. 50 e s., que inclui entre elas: (i) uma Constituição rígida; (ii) a garantia jurisdicional da Constituição; (iii) a força vinculante da Constituição; (iv) a "sobreinterpretação" da Constituição (sua interpretação extensiva, com o reconhecimento de normas implícitas); (v) a aplicação direta das normas constitucionais; (vi) a interpretação das leis conforme a Constituição; (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

5 A nova lei somente entrou em vigor em 2000. Com britânico exagero, tal evento foi saudado como "a remarkable new age of constitutionalism in the UK" (Bogdanor, Devolution: the constitutional aspects, in Constitutional reform in the United Kingdom: practices and principies, 1998) e como "a turning point in the UK's legal history" (Lester, The impact of the Human Rights Act on public law, in Constitutional reform in the United Kingdom: practices and principies, 1998). Ambas as citações foram colhidas em Stephen Gardbaum, The new commonwealth model of constitutionalism, American Journal of Comparative Law, 49:707, 2001, p. 709 e 732. O comentário sobre o exagero é meu.

6 A propósito, e em desenvolvimento de certo modo surpreendente, deve ser registrada a aprovação do Constitutional Reform Act, de 2005, que previu a criação de uma Suprema Corte (disponível em: www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm, acesso em: 8.8.2005). Assinale-se a curiosidade de, não existindo uma Constituição escrita, ter sido aprovado, não obstante, um ato que a reforma.

americana - a mesma desde 1787 - teve, desde a primeira

hora, o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. De fato, a normatividade ampla e a judicialização das questões constitucionais têm base doutrinária em 0 Federalista e precedente jurisprudencial firmado desde f 803, quando do julgamento do caso Marbury v. Madison pela Suprema Corte. Por essa razão, a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência americana, e não singularidade contemporânea[7]. O grande debate doutrinário nos Estados Unidos é acerca da legitimidade e dos limites da atuação do Judiciário na aplicação de valores substantivos e no reconhecimento de direitos fundamentais que não se encontrem expressos na Constituição (v. infra).

Vistos os modelos excepcionais, volte-se ao ponto. Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores[8]. O sistema

7 Veja-se, a esse propósito, exemplificativamente, a jurisprudência que se produziu em matéria de direito processual penal, pela submissão do common law dos Estados aos princípios constitucionais. Em Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 1961, considerou-se ilegítima a busca e apreensão feita sem mandado, como exigido pela 4ª Emenda. Em Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335, 1963, entendeu-se que a 6- Emenda assegurava a todos os acusados em processo criminal o direito a um advogado. Em Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436, 1966, impôs-se à autoridade policial, na abordagem de um suspeito, que comunique a ele que a) tem o direito de permanecer calado; b) tudo que disser poderá e será usado contra ele; c) tem direito a consultar-se com um advogado antes de depor e que este poderá estar presente ao interrogatório; d) caso não tenha condições financeiras para ter um advogado, um poderá ser-lhe designado. V. Kermit L. Hall, The Oxford guide to United States Supreme Court decisions, 1999; Paul C. Bartholomew e Joseph F. Menez, Summaries ofleading cases on the Constitution, 1980; Duane Lockard e Walter F. Murphy, Basic cases in constitutional law, 1992. Para uma análise objetiva e informativa sobre este e outros aspectos, em língua portuguesa, v. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, Interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal, in José Adércio Leite Sampaio (org.), Jurisdição constitucional e direitos fundamentais, 2003.

8 Sobre a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na literatura em língua portuguesa, v. José Carlos Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, 2001, p. 149: "A idéia de eficácia irradiante das normas constitucionais desenvolveu-se (...) sempre no sentido do alargamento das dimensões

objetivas dos direitos fundamentais, isto é, da sua eficácia enquanto fins ou valores comunitários"; Gilmar Ferreira Mendes, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, 1998, p. 214: "É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (Austrahlungswirkung) sobre toda a ordem jurídica (von

jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth[9], julgado em 15 de janeiro de 1958[10].

A partir daí, baseando-se no catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã, o Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira "revolução de idéias"[u], especialmente no direito civil. De fato, ao longo dos anos subse

MÜNCH, Ingo. Grundgesetz-Kommentar, Kommentarzu Vorbemerkung Art 1-19, N. 22)"; e, também, Daniel Sarmento, Direitos fundamentais e relações privadas, 2004, p. 371: "Os direitos fundamentais apresentam uma dimensão objetiva, que se liga à compreensão de que consagram os valores mais importantes de uma comunidade política. Esta dimensão objetiva potencializa a irradiação dos direitos fundamentais para todos os campos do Direito, e permite que eles influenciem uma miríade de relações jurídicas que não sofreriam sua incidência, se nós os visualizássemos apenas como direitos públicos subjetivos".

9 Os fatos subjacentes eram os seguintes. Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la uma violação ao § 826 do Código Civil (BGB) ("Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados"). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil.

10 BverfGE, 7, 198. Tradução livre e editada da versão da decisão publicada em Jürgen Schwabe, Cincuenta anos de jurisprudência dei Tribunal Constitucional Federal alemán, 2003, p. 132-137: "Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. (...) Esse sistema de valores - que encontra seu ponto central no

seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana... - oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma disposição de direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito. (...) A expressão de uma opinião, que contém um chamado para um boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 do Código Civil. Pode estar justificada constitucionalmente pela liberdade de opinião, ponderadas todas as circunstâncias do caso". Esta decisão é comentada por inúmeros autores nacionais, dentre os quais: Gilmar Ferreira Mendes, Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, 1998, p. 220-222, onde descreve brevemente outros dois casos: "Blinkfüer" e "Wallraff"; Daniel Sarmento, Direitos fundamentais e relações privadas, 2004, p. 141 e s.; Jane Reis Gonçalves Pereira, Direitos fundamentais e interpretação constitucional: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios, p. 416 e s.; e Wilson Steinmetz, A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, 2004, p. 105 e s.

11 Sabine Corneloup, Table ronde: le cas de 1'Alemagne, in Michel Verpeaux, Code Civil et Constitution(s), 2005, p. 85.

quentes, a Corte invalidou dispositivos do BGB, impôs a interpretação de suas normas de acordo com a Constituição e determinou a elaboração de novas leis. Assim, por exemplo, para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e direito internacional privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação[12]. De parte isso, foram proferidos julgamentos interessantes em temas como uniões homoafetivas[13] e direito dos contratos[14].

Na Itália, a Constituição entrou em vigor em 1£ de janeiro de 1948. O processo de constitucionalização do Direito, todavia, iniciou-se apenas na década de 60, consumando-se nos anos 70. Relembre-se que a Corte Constitucional italiana somente veio a instalar-se em 1956. Antes disso, o controle de constitucionalidade foi exercido, por força da disposição constitucional transitória VII, pela jurisdição ordinária, que não lhe deu vitalidade. Pelo contrário, remonta a esse período a formulação, pela Corte de Cassação, da distinção entre normas preceptivas, de caráter vinculante e aplicáveis pelos tribunais, e normas de princípio ou programáticas, dirigidas apenas ao legislador e não aplicáveis diretamente pelo Judiciário. Assim, pelos nove primeiros

12 Sabine Corneloup, Table ronde: le cas de 1'Alemagne, in Michel Verpeaux, Code Civil et Constitution(s), 2005, p. 87-88, com identificação de cada uma das leis. A jurisprudência referida na seqüência do parágrafo foi localizada a partir de referências contidas nesse texto.

13 Em um primeiro momento, em nome do princípio da igualdade, uma lei de 16 de fevereiro de 2001 disciplinou as uniões homossexuais, pondo fim à discriminação existente. Em um segundo momento, essa lei foi objeto de arguição de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que afrontaria o art. 6-, I, da Lei Fundamental, pelo qual "o casamento e a família são colocados sob proteção particular do Estado", ao legitimar um outro tipo de instituição de direito de família, paralelo ao casamento heterossexual. A Corte não acolheu o argumento, assentando que a nova lei nem impedia o casamento tradicional nem conferia à união homossexual qualquer privilégio em relação à união convencional (1 BvF 1/01, de 17.7.2002, com votos dissidentes dos juizes Papier e Hass, disponível no sítio www.bverfg.de, acesso em 4.8.2005).

14 Um contrato de fiança prestada pela filha, em favor do pai, tendo por objeto quantia muitas vezes superior à sua capacidade financeira foi considerado nulo por ser contrário à moral (BverfGE t. 89, p. 214, apud Sabine Corneloup, Table ronde: le cas de l'Alemagne, in Michel Verpeaux, Code Civil et Constitution(s), 2005, p. 90); um pacto nupcial no qual a mulher, grávida, renunciou a alimentos em nome próprio e em nome da criança foi considerado nulo, por não poder prevalecer a liberdade contratual quando há dominação de uma parte sobre a outra (1 BvR 12/92, de 6.2.2001, unânime, disponível no sítio www.bverfg.de, acesso em 4.8.2005); um pacto sucessório que impunha ao filho mais velho do imperador Guilherme II o dever de se casar com uma mulher que preenchesse determinadas condições ali impostas foi considerado nulo por violar a liberdade de casamento (I BvR 2248/01, de 22.3.2004, unânime, disponível no sítio www.bverfg.de, acesso em 4.8.2005).

anos de vigência, a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos não repercutiram sobre a aplicação do direito ordinário".

Somente com a instalação da Corte Constitucional - e, aliás, desde a sua primeira decisão - as normas constitucionais de direitos fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador. A Corte desenvolveu um conjunto de técnicas de decisão[16], tendo enfrentado, durante os primeiros anos de sua atuação, a arraigada resistência das instâncias ordinárias e, especialmente, da Corte de Cassação, dando lugar a uma disputa referida, em certa época, como "guerra das cortes"[17]. A exemplo do ocorrido na Alemanha, a influência da constitucionalização do Direito e da própria Corte Constitucional se manifestou em decisões de inconstitucionalidade, em convocações à atuação do legislador e na reinterpretação das normas infraconstitucionais em vigor.

De Í956 a 2003, a Corte Constitucional proferiu 349 decisões em questões constitucionais envolvendo o Código Civil, das quais 54 declararam a inconstitucionalidade de dispositivos seus, em decisões da seguinte natureza: 8 de invalidação, 12 interpretativas e 34 aditivas[18] (sobre as características de cada uma delas, v. nota ao parágrafo anterior).

Foram proferidos julgados em temas

15 Sobre o tema, v. Vezio Crisafulli, La Costituzione e le sue disposizione di principio, 1952; José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, 1968; Ricardo Guastini, La "constitucionalización" dei ordenamiento jurídico: el caso italiano, in Miguel Carbonnel, Neoconstitucionalismo(s), 2003; e Therry Di Manno, Code Civil e Constitution en Italie, in Michel Verpeaux (org.), Code Civil et Constitution(s), 2005.

16 Além das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, a Corte utiliza diferentes técnicas, que incluem: 1) decisões interpretativas, que correspondem à interpretação conforme a Constituição, podendo ser (a) com recusa da arguição de inconstitucionalidade, mas afirmação da interpretação compatível ou (b) com aceitação da arguição de inconstitucionalidade, com declaração de inconstitucionalidade da interpretação que vinha sendo praticada pela jurisdição ordinária, em ambos os casos permanecendo em vigor a disposição atacada; 2) decisões manipuladoras, nas quais se dá a aceitação da arguição de inconstitucionalidade e, além da declaração de invalidade do dispositivo, a Corte vai além, proferindo (a) sentença aditiva, estendendo a norma à situação nela não contemplada, quando a omissão importar em violação ao princípio da igualdade; e (b) sentença substitutiva, pela qual a Corte não apenas declara a inconstitucionalidade de determinada norma, como também introduz no sistema, mediante declaração própria, uma norma nova. Sobre o tema, v. Ricardo Guastini, La "constitucionalización" dei ordenamiento jurídico: el caso italiano, in Miguel Carbonnel, Neoconstitucionalismo(s), 2003, p. 63-7.

17 Thierry Di Manno, Table ronde: le cas de 1'Italie, in Michel Verpeaux, Code Civil et Constitution(s), 2005, p. 107.

18 Thierry Di Manno, Table ronde: le cas de 1'Italie, in Michel Verpeaux, Code Civil et Constitution(s), 2005, p. 103.

que incluíram adultério[19], uso do nome do marido[20] e direitos sucessórios de filhos ilegítimos[21], em meio a outros. No plano legislativo, sob influência da Corte Constitucional, foram aprovadas, ao longo dos anos, modificações profundas no direito do trabalho e no direito de família, inclusive em relação ao divórcio e ao regime da adoção. Estas alterações, levadas a efeito por leis especiais, provocaram a denominada "descodificação" do direito civil[22].

Na França, o processo de constitucionalização do Direito teve início muito mais tarde e ainda vive uma fase de afirmação. A Constituição de 1958, como se sabe, não previu o controle de constitucionalidade, quer no modelo europeu, quer no americano, tendo optado por uma fórmula diferenciada: a do controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor[23]. De modo que não há no sistema francês, a rigor técnico, uma verdadeira jurisdição

constitucional. Não obstante, alguns avanços significativos e constantes vêm ocorrendo, a começar pela decisão de 16 de

19 Sentença 127/68, j. 16.12.1968, Rei. Bonifácio, disponível no sítio www.cortecostituzionale. it, visitado em 4.8.2005. A Corte invalidou o artigo do Código Civil (art. 151, 2) que tratava de maneira diferente o adultério do marido e o da mulher. O da mulher sempre seria causa para separação, ao passo que o do homem somente em caso de "injúria grave à mulher".

20 Sentença 128/70, j. 24.6.1970, Rei. Mortati, disponível no sítio www.cortecostituziona- le.it, visitado em 4.8.2005. A Corte proferiu sentença aditiva para permitir à mulher retirar o nome do marido após a separação (ocorrida por culpa do marido), o que não era previsto pelo art. 156 do Código Civil.

21 Sentença 55/79, j. 15.6.1979, Rei. Amadei, disponível no sítio www.cortecostituzionale. it, visitado em 4.8.2005. A Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 565 do Código Civil, na parte em que excluía do benefício da sucessão legítima os filhos naturais reconhecidos.

22 Natalino Irti, Uetá delia decodificazione, 1989. V., tb., Pietro Perlingieri, Perfis do direito civil, 1997, p. 5.

23 Na sua concepção original, o Conselho Constitucional destinava-se, sobretudo, a preservar as competências de um Executivo forte contra as invasões do Parlamento. Suas funções principais eram três: a) o controle dos regimentos de cada uma das câmaras (Assembleia Nacional e Senado), para impedir que se investissem de poderes que a Constituição não lhes atribui, como ocorrido na III e na IV Repúblicas; b) o papel de "justiça eleitoral", relativamente às eleições presidenciais, parlamentares e aos referendos; c) a delimitação do domínio da lei, velando pela adequada repartição entre as competências legislativas e regulamentares. Esta última função se exercia em três situações: a do art. 41, relacionada à invasão pela lei parlamentar de competência própria do governo; a do art. 61, alínea 2, que permitia ao primeiro-ministro provocar o controle acerca da inconstitucionalidade de uma lei, após sua aprovação, mas antes de sua promulgação; e a do art. 37, alínea 2, relativamente à modifica- bilidade, por via de decreto, de leis que possuíssem caráter regulamentar. Com a reforma constitucional de 1974, o controle de constitucionalidade das leis passou a ser a atividade principal do Conselho, aproximando-o de uma corte constitucional. V. Louis Favoreu, La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958, disponível em: www.conseil-consti- tutionnel.fr, acesso em: 26.7.2005; François Luchaire, Le Conseil Constitutionnel, 1997, 3 v.; John Bell, French constitutional law, 1992.

julho de 1971[24]. A ela seguiu-se a Reforma de 29 de outubro de 1974, ampliando a legitimidade para suscitar a atuação do Conselho Constitucional[25]. Aos poucos, começam a ser incorporados ao debate constitucional francês temas como a impregnação da ordem jurídica pela

Constituição, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais e o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição[26]. Tal processo de constitucionalização do Direito, cabe advertir, enfrenta a vigorosa resistência da doutrina mais tradicional, que nele vê ameaças diversas, bem como a usurpação dos poderes do Conselho de Estado e da Corte de Cassação[27].

24 Objetivamente, a decisão 71-44 DC, de 16.7.1971 (disponível em: www.conseil-consti- tutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm, acesso em: 26.7.2005), considerou que a exigência de autorização prévia, administrativa ou judicial, para a constituição de uma associação violava a liberdade de associação. Sua importância, todavia, foi o reconhecimento de que os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no preâmbulo da Constituição de 1946, incorporavam-se à Constituição de 1958, por força de referência constante do preâmbulo desta, figurando, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Essa decisão reforçou o prestígio do Conselho Constitucional, que passou a desempenhar o papel de protetor dos direitos e liberdades fundamentais. Além disso, consagrou o "valor positivo e constitucional" do preâmbulo da Constituição e firmou a idéia de "bloco de constitucionalidade". Essa expressão significa que a Constituição não se limita às normas que integram ou se extraem do seu texto, mas inclui outros diplomas normativos, que no caso eram a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como os princípios fundamentais das leis da República, aos quais o referido preâmbulo fazia referência. Sobre a importância dessa decisão, v. Léo Hamon, Controle de constitutionnalité et protection des droits individuels, 1974, p. 83-90; G. Haimbowgh, Was it France's Marbury v. Madison?, Ohio State Law Journal 35:910, 1974; J. E. Beardsley, The Constitutional Council and constitutional liberties en France, American Journal of Comparative Law, 1972, p. 431-452. Para um comentário detalhado da decisão, v. L. Favoreu e L. Philip, Lesgrandes décisions du Conseil Constitutionnel, 2003. Especificamente sobre bloco de constitucionalidade, v. Michel de Villiers, Dictionaire du droit constitutionnel, 2001; e Olivier Duhamel e Yves Mény, Dictionnaire constitutionnel, 1992.

25 A partir daí, o direito de provocar a atuação do Conselho Constitucional, que antes era atribuído apenas ao Presidente da República, ao Primeiro-Ministro, ao Presidente da Assembleia Nacional e ao Presidente do Senado estendeu-se, também, a sessenta Deputados ou a sessenta Senadores. O controle de constitucionalidade tornou-se importante instrumento de atuação da oposição parlamentar. Entre 1959 e 1974, foram proferidas apenas 9 (nove) decisões acerca de leis ordinárias (por iniciativa do Primeiro-Ministro e do Presidente do Senado) e 20 (vinte) acerca de leis orgânicas (pronunciamento obrigatório). De 1974 até 1998 houve 328 provocações (saisine) ao Conselho Constitucional. Os dados constam de Louis Favoreu, La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de

1958, disponível em: www. conseil-constitutionnel.fr, acesso em: 26.7.2005.

26 V. Louis Favoreu, La constitutionnalisation du Droit, in Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, La constitutionnalisation des branches du Droit, 1998, p. 190-192.

27 Veja-se a discussão do tema em Guillaume Drago, Bastien François e Nicolas Molfessis (org.), La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, 1999. Na conclusão do livro, que documenta o Colóquio de Rennes, de setembro de 1996, François Terré, ao apresentar o

III A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

1 O direito infraconstitucional na Constituição

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Não é pouco. Mas não se trata da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paterna- lismos, reservas de mercado e privilégios. A euforia constituinte - saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil - levou a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa[28].

Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo[29], civil[30], penal[31], do

que corresponderia à conclusão do evento, formulou crítica áspera à ascensão da influência do Conselho Constitucional: "Les perpétuelles incantations que suscitent l'État de droit, la soumis- sion de 1'État à des juges, sous 1'influence conjugée du kelsénisme, de la mauvaise conscience de 1'Allemagne Fédérale et de 1'americanisme planétaire sont lassantes. Des contrepoids s'imposent. Puisque le Conseil Constitutionnel est une juridiction, puisque la règle du double degré de juridiction et le droit d'appel sont devenus paroles d'evangile, il est naturel et urgent de faciliter le recours au referendum afin de permettre plus facilement au peuple souverain de mettre, le cas échéant, un terme aux errances du Conseil constitutionnel" (p. 409).

28 Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Doze anos da Constituição brasileira de 1988, in Temas de direito constitucional, 2002,1.1.

29 No âmbito do direito administrativo há, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, normas sobre desapropriação e requisição de bens particulares. Há, também, um imenso capítulo sobre a Administração Pública, que cuida de temas como concurso público, licitação, regime jurídico dos servidores, aposentadoria, responsabilidade civil do

Estado etc., além de outras normas ao longo do texto.

30 Em tema de direito civil, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, existem normas sobre propriedade e sua função social, propriedade industrial e intelectual, direito de sucessões e defesa do consumidor. Ao longo do texto são encontradas normas diversas sobre a caracterização da função social da propriedade, sobre direito de família, aí incluídos temas como filiação, adoção, união estável e divórcio, sobre proteção da criança e do adolescente, dentre outros.

31 Quanto ao direito penal, a Constituição consagra, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, normas sobre princípio da legalidade penal, não retroação das normas penais, criminalização do racismo, crimes inafiançáveis. No final da Carta (art. 228), há uma norma sobre a inimputabilidade dos menores de 18 anos.

trabalho[32], processual civil e penal[33], financeiro e orçamentário[34], tributário[35], internacional[36] e mais além. Há, igualmente, um título dedicado à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social, dividido em numerosos capítulos e seções, que vão da saúde até os índios.

Embora o fenômeno da constitucionalização do Direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há um natural espaço de superposição entre os dois temas. Com efeito, à medida que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsis- tema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria. Tal circunstância, nem sempre desejável[37], interfere com os limites de atuação do legislador

32 Em matéria trabalhista a Constituição prevê um capítulo inteiro, no título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, para os temas mais diversos, aí incluídos salário mínimo, jornada de trabalho, direito de repouso, direito de férias, aviso prévio, licenças (paternidade e às gestantes), prazo prescricional para o ajuizamento de reclamações trabalhistas, bem como greve e relações sindicais.

33 Relativamente ao direito processual, a Constituição enuncia, no capítulo sobre direitos individuais e coletivos, regras comuns ao processo penal e civil, como devido processo legal, publicidade e motivação dos atos processuais, assistência judiciária, ações constitucionais, duração razoável dos processos. Especificamente no tocante ao direito processual penal, há normas sobre juiz natural, presunção de inocência, individualização da pena, prisão, direitos" dos presos etc.

34 Também para o direito financeiro e orçamentário foi criada uma longa seção dedicada à fiscalização contábil, financeira e orçamentária e sobre a atuação dos tribunais de contas, além de normas voltadas para as finanças públicas e orçamento, em título específico sobre

tributação e orçamento.

35 Ao direito tributário a Constituição dedica um capítulo longo e detalhado, com a definição das competências impositivas de cada ente estatal, da repartição de receitas tributárias e o estabelecimento das limitações ao poder de tributar. Trata-se de um dos mais longos capítulos do texto, que, nada obstante, tem se mostrado incapaz de conter a voracidade tributária e fiscal do Estado brasileiro.

36 A propósito do direito internacional público, o título dedicado aos princípios fundamentais contém um longo elenco de princípios a serem observados pelo Brasil nas suas relações internacionais. Ao longo do texto há inúmeras normas sobre tratados internacionais, com referências a seu conteúdo - tratados de direitos humanos, tratado sobre jurisdição penal internacional - e ao mecanismo para sua aprovação pelo Congresso. No plano do direito internacional privado, há regras sobre homologação de sentença estrangeira e efeitos de decisões estrangeiras no Brasil, bem como sucessão de bens de estrangeiro aqui situados.

37 Tanto a doutrina como a jurisprudência, no plano do direito penal, têm condenado, por exemplo, a constitucionalização da figura dos "crimes hediondos" (art. 5[2], XLIII). V., por todos, João José Leal, Crimes hediondos: a Lei 8.072 como expressão do direito penal da severidade, 2003.

ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.

2 A constitucionalização do direito infraconstitucional

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil - como alhures - o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do Direito era •estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, à medida que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos,

filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. A exemplo do que se passou na Itália, também entre nós deu-se a "descodificação" do direito civil[38], fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002, com vigência a partir de 2003[39].

38 Sobre o caso italiano, v. Pietro Perlingieri, Perfis do direito civil, 1997, p. 6: "O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional". Sobre o caso brasileiro, vejam-se, dentre outros: Maria Celina B. M. Tepedino, A caminho de um direito civil constitucional, Revista de Direito Civil, 65:21, 1993; e Gustavo Tepedino, O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, in Gustavo Tepedino (org.), Problemas de direito civil-constitucional, 2001.

39 O novo Código Civil, com início de vigência em 2003, foi duramente criticado por setores importantes da doutrina civilista. Gustavo Tepedino referiu-se a ele como "retrógrado e demagógico", acrescentando: "Do Presidente da República, espera-se o veto; do Judiciário, que tempere o desastre" (Revista Trimestral de Direito Civil, n. 7, 2001, Editorial). Luiz Edson

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unidade e harmonia - mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional[40].

À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição:

a) Diretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5-, LVI).

b) Indiretamente, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:

(i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não deverá fazê-la incidir; esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele

explicitada;

(ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk consideraram inconstitucional o projeto de Código Civil, em parecer publicado sob o título "Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição", Revista Trimestral de Direito Civil, 4:243, 2000, por não traduzir a supremacia da dignidade humana sobre os aspectos patrimoniais e por violar o princípio da vedação do retrocesso. Em sentido contrário, v. Judith Martins-Costa, O direito privado como um "sistema em construção", disponível em: www.jus.com.br, acesso em: 4.8.2005; e Miguel Reale, Visão geral do novo Código Civil, disponível em: www.jus.com.br, acesso em: 4.8.2005, e 0 novo Código Civil e seus críticos, disponível em: www.jus.com.br, acesso em: 4.8.2005.

40 J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Fundamentos da Constituição, 1991, p. 45: "A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo". V., também, Paulo Ricardo Schier, Filtragem constitucional, 1999.

3 A constitucionalização do Direito e seus mecanismos de atuação prática

A constitucionalização do Direito, como já antecipado, repercute sobre os diferentes Poderes estatais. Ao legislador e ao administrador, impõe deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição. A constitucionalização, no entanto, é obra precípua da jurisdição constitucional, que no Brasil pode ser exercida, difusamente, por todos os juizes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal. Essa realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas, que incluem:

a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis;

b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;

c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente convocação à atuação do legislador[41];

d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar:

(i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;

(ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de determinada interpretação possível da norma - geralmente a mais óbvia - e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição[42].

41 Isso quando não prefira o Supremo Tribunal produzir uma decisão integrativa, a exemplo da sentença aditiva do direito italiano. Essa atuação envolve a sempre controvertida questão da atuação como legislador positivo (v. infra).

42 Relativamente a esta segunda possibilidade, v. Luís Roberto Barroso, Interpretação e aplicação da Constituição, 2004, p. 189: "É possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou a outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de conseqüência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal".

Aprofunde-se um pouco mais o argumento, especialmente em relação à interpretação conforme a Constituição. O controle de constitucionalidade é uma modalidade de interpretação e aplicação da Constituição. Independentemente de outras especulações, há consenso de que cabe ao Judiciário pronunciar a invalidade dos enunciados normativos incompatíveis com o texto constitucional, paralisando-lhes a eficácia. De outra parte, na linha do conhecimento convencional, a ele não caberia inovar na ordem jurídica, criando comando até então inexistente. Em outras palavras: o Judiciário estaria autorizado a invalidar um ato do Legislativo, mas não a substituí-lo por um ato de vontade própria[43].

Pois bem. As modernas técnicas de interpretação constitucional - como é o caso da interpretação conforme a Constituição - continuam vinculadas a esse pressuposto, ao qual agregam um elemento inexorável. A interpretação jurídica dificilmente é unívoca, seja porque um mesmo enunciado, ao incidir sobre diferentes circunstâncias de fato, pode produzir normas diversas[44], seja porque, mesmo em tese, um enunciado pode admitir várias interpretações, em razão da polissemia de seus termos. A interpretação conforme a Constituição, portanto, pode envolver (i) uma singela determinação de sentido da norma, (ii) sua não incidência a

determinada situação de fato ou (iii) a exclusão, por inconstitucional, de uma das normas que podem ser extraídas do texto. Em qualquer dos casos, não há declaração de inconstitucionalidade do enunciado

43 Nesse sentido, v. STF, DJU, 15 abr. 1988, Rep. 1.417/DF, Rei. Min. Moreira Alves: "Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF - em sua função de Corte Constitucional - atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo". Passa-se ao largo, nesta instância, da discussão mais minuciosa do tema, que abriga inúmeras complexidades, inclusive e notadamente em razão do reconhecimento de que juizes e tribunais, em múltiplas situações, desempenham uma atividade de coparticipação na criação da norma.

44 Como já foi referido supra, a doutrina mais moderna tem traçado uma distinção entre enunciado normativo e norma, baseada na premissa de que não há interpretação em abstrato. Enunciado normativo é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional ou legal. Norma, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a determinada situação, isto é, a concretização do enunciado. De um mesmo enunciado é possível extrair diversas normas. Por exemplo: do enunciado do art. 5S, LXIII, da Constituição - o preso tem direito de permanecer calado - extraem-se normas diversas, inclusive as que asseguram o direito à não autoincriminação ao interrogado em geral (STF, DJU, 14 dez. 2001, HC 80.949/RJ, Rei. Min. Sepúlveda Pertence) e até ao depoente em CPI (STF, DJU, 16 fev. 2001, HC 79.812/SP, Rei. Min. Celso de Mello). Sobre o tema, v. Karl Larenz, Metodologia da ciência do Direito, 1969, p. 270 e s.; Friedrich Müller, Métodos de trabalho do direito constitucional, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1999, p. 45 e s.; Riccardo Guastini, Distinguendo: studi di teoria e metateoria dei Diritto, 1996, p. 82-83; e Humberto Ávila, Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos), 2003, p. 13.

normativo, que permanece no ordenamento. Por esse mecanismo se reconciliam

0 princípio da supremacia da Constituição e o princípio da presunção de constitucionalidade, uma vez que o Judiciário preserva a ordem constitucional prestando máxima deferência às manifestações dos demais Poderes. Naturalmente, o limite de tal interpretação está nas possibilidades semânticas do texto normativo[45].

IV ALGUNS ASPECTOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

1 Direito civil[46]

As relações entre o direito constitucional e o direito civil atravessaram, nos últimos dois séculos, três fases distintas, que vão da indiferença à convivência intensa. O marco inicial dessa trajetória é a Revolução Francesa, que deu a cada um deles o seu objeto de trabalho: ao

direito constitucional, uma Constituição escrita, promulgada em 1791; ao direito civil, o Código Civil napoleônico, de 1804. Apesar da contemporaneidade dos dois documentos, direito constitucio

45 Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: "Ao juiz não é permitido mediante 'interpretação conforme a Constituição' dar um significado diferente a uma lei cujo teor e sentido resulta evidente" (1 BvL 149/52-33, 11 jun. 1958); na do Supremo Tribunal Federal brasileiro: "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 a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo" (STF, DJU, 15 abr. 1988, Rep 1.4I7-7/DF, Rei. Min. Moreira Alves).

46 Pietro Perlingieri, Perfis de direito civil, 1997; Maria Celina Bodin de Moraes, A caminho de um direito civil constitucional, Revista de Direito Civil, 65.23, 1993; A constitucionalização do direito civil, Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro, 17:76, 1999; Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, 2003; Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, in Ingo Wolfgang Sarlet, Constituição, direitos fundamentais e direito privado, 2003; Gustavo Tepedino, Temas de direito civil, 2004; Problemas de direito civil constitucional (coord.), 2000; O direito civil e a legalidade constitucional, Revista DelRey Jurídica, 13.23, 2004; Luiz Edson Fachin, Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo (coord.), 1998; Teoria crítica do direito civil, 2000; Heloísa Helena Barboza, Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século, Revista da Faculdade de Direito, UERJ, 1998-1999; Teresa Ne- greiros, Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé, 1998; Teoria do contrato: novos paradigmas, 2002; Judith Martins-Costa (org.), A reconstrução do direito privado, 2002; Paulo Luiz Neto Lobo, Constitucionalização do direito civil, Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro, 17:56, 1999; Renan Lotufo, Direito civil constitucional, cad. 3, 2002; Michel Verpeaux (org.), Code Civil et Constitution(s), 2005; Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento, in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas, 2007, p. 309 e s.

nal e direito civil não se integravam nem se comunicavam entre si. Veja-se cada uma das etapas desse processo de aproximação lenta e progressiva:

1-) fase: mundos apartados

No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta Política, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento jurídico que regia as relações entre particulares, freqüentemente mencionado como a "Constituição do direito privado". Nessa etapa histórica, o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma

convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. Já o direito civil era herdeiro da tradição milenar do direito romano. O Código napoleônico realizava adequadamente o ideal burguês de proteção da propriedade e da liberdade de contratar, dando segurança jurídica aos protagonistas do novo regime liberal: o contratante e o proprietário. Esse modelo inicial de incomunicabilidade foi sendo progressivamente superado.

2-) fase: publicização do direito privado

O Código napoleônico e os modelos que ele inspirou - inclusive o brasileiro - baseavam-se na liberdade individual, na igualdade formal entre as pessoas e na garantia absoluta do direito de propriedade. Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia da vontade. Em[1] nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do dirigismo contratual, que consolida a publicização do direito privado[47].

47 V. Orlando Gomes, Introdução ao direito civil, 1999, p. 26: "A característica do Direito Privado é a predominância das normas dispositivas, de maneira que a grande maioria delas, principalmente no terreno das obrigações, só incide se a convenção das partes não dispuser de modo diverso. No entanto, sempre existiu dentro do Direito Civil certas regras que, mesmo se destinando a reger relações privadas, não entram na esfera de livre disponibilidade dos sujeitos das relações jurídicas civis. São as normas cogentes, cujo conteúdo é considerado de ordem pública. Com a evolução do moderno Estado Social de Direito nota-se um grande incremento desse tipo de normas, por meio das quais se realiza a intervenção estatal no domínio econômico, praticando o dirigismo contratual, tal como se dá, por exemplo, com a legislação bancária, com o inquilinato, com o estatuto da terra, com os lotea- mentos e incorporações etc.". V. tb. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, 2004, v. I, p. 18.

3-) fase: constitucionalização do direito civil

"Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma"[48]. A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil. É nesse ambiente que se dá a virada axiológica do direito civil, tanto pela vinda de normas de direito civil para a Constituição como, sobretudo, pela ida da Constituição para a interpretação do direito civil, impondo um novo conjunto de valores e princípios, que incluem: (i) a função social da propriedade e do contrato; (ii)

a proteção do consumidor, com o reconhecimento de sua vulnerabilidade; (iii) a igualdade entre os cônjuges; (iv) a igualdade entre os filhos; (v) a boa-fé objetiva; (vi) o efetivo equilíbrio contratual. O direito de família, especialmente, passa por uma revolução, com destaque para a afetividade em prejuízo de concepções puramente formais ou patrimoniais. Passa-se a reconhecer uma pluralidade de formas de constituição da família: (i) casamento; (ii) união estável; (iii) famílias monoparentais; (iv) união homoafetiva[49].

Como se vê, há regras específicas na Constituição que afetam institutos clássicos, assim como princípios que se difundem por todo o ordenamento, a exemplo da isonomia, da solidariedade social e da dignidade humana. Não é o caso de se percorrerem as múltiplas situações de impacto dos valores constitucionais sobre o direito civil, especificamente, e sobre o direito privado em geral[50].

48 A primeira parte da frase ("Ontem os Códigos; hoje as Constituições") foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB: "Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer".

49 V. Luís Roberto Barroso, Diferentes, mas iguais: as uniões homoafetivas no direito constitucional brasileiro, Revista de Direito do Estado, 5:167, 2007; Luiz Edson Fachin, Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo, Revista dos Tribunais, 732:47, 1996; Ana Carla Harmatiuk Matos, União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais, 2004; Márcia Arán e Marilena V. Corrêa, Sexualidade e política na cultura contemporânea: o reconhecimento social e jurídico do casal homossexual, Physis 14(2):329, 2004; Charles Taylor, A política do reconhecimento, in Argumentos filosóficos, 2000; José Reinaldo de Lima Lopes, O direito ao reconhecimento de gays e lésbicas, in Celio Golin, Fernando Altair Pocahy e Roger Raupp Rios (org.), A Justiça e os direitos de gays e lésbicas, 2003; Luiz Edson Fachin, Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro, 2003; Gustavo Tepedino, Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no casamento, in Gustavo Tepedino, Temas de direito civil, 2004.

50 Para este fim, v. Gustavo Tepedino (org.). Problemas de direito civil constitucional, 2000, obra coletiva na qual se discute a constitucionalização do direito civil em domínios diversos, incluindo o direito das obrigações, as relações de consumo, o direito de propriedade e o direito de família. Sobre o tema específico da boa-fé objetiva, vejam-se Judith Martins-Costa, A boa-fé no direito privado, 1999; e Teresa Negreiros, Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé,

1998.

Mas há dois desenvolvimentos que merecem destaque, pela dimensão das transformações que acarretam.

O primeiro deles diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana na nova dogmática jurídica. Ao término da Segunda Guerra Mundial, tem início a reconstrução dos direitos humanos[51], que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana[52], referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas[53], tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos fundamentos da República (art. 1£, III). A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas[54], expressando-se em diferentes dimensões[55]. No tema es

51 Este é o título do celebrado trabalho de Celso Lafer, A reconstrução dos direitos humanos, 1988. Sobre o tema, v. tb. Antônio Augusto Cançado Trindade, A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos, 1991.

52 O conteúdo jurídico da dignidade humana se relaciona com a realização dos direitos fundamentais ou humanos, nas suas três dimensões: individuais, políticos e sociais. Sobre o tema, vejam-se Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002; Ingo Sarlet, Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, 2004; José Afonso da Silva, Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, Revista de Direito Administrativo, 212:89, 1998; Carmen Lúcia Antunes Rocha, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, Revista Interesse Público 4:2, 1999. Vejam-se dois excertos representativos do entendimento dominante: José Carlos Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa, 1998, p. 102: "[O] princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos" dos trabalhadores e direitos a prestações sociais"; e Daniel Sarmento, A ponderação de interesses na Constituição brasileira, 2000, p. 59-60: "O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado".

53 Como, e.g., na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, na Constituição italiana de 1947, na Constituição alemã de 1949, na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição espanhola de 1978.

54 Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002, p. 305: "O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio

da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça".

55 Em denso estudo, Maria Celina Bodin de Moraes, Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo, in Ingo Wolfgang Sarlet (org.), Constituição, direitos fundamentais e direito privado, 2003, decompõe o conteúdo jurídico da dignidade humana em quatro princípios: igualdade, integridade física e moral (psicofísica), liberdade e solidariedade.

-

pecífico aqui versado, o princípio promove uma despatrimonialização[56] e uma repersonalização" do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física como psíquica.

O segundo desenvolvimento doutrinário que comporta uma nota especial é a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas[58]. O debate remonta à decisão do caso Lüth (v. supra), que superou a rigidez da dualidade público/ privado ao admitir a aplicação da Constituição às relações particulares, inicialmente regidas pelo Código Civil. O tema envolve complexidades, e não será aprofundado aqui. As múltiplas situações suscetíveis de ocorrer no mundo real não comportam solução unívoca[59]. Nada obstante, com exceção da jurisprudência norte-americana (e, mesmo assim, com atenuações), há razoável consenso de que as normas constitucionais se aplicam, em alguma medida, às relações entre particulares. A divergência nessa matéria reside, precisamente,

56 O termo foi colhido em Pietro Perlingieri, Perfis do direito civil, 1997, p. 33. Aparentemente, o primeiro a utilizá-lo foi Carmine Donisi, Verso la "depatrimonializzazione" dei diritto privato, in Rassegna di diritto civile, n. 80, 1980 (conforme pesquisa noticiada em Daniel Sarmento, Direitos fundamentais e relações privadas, 2004, p. 115).

57 Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, Revista Trimestral de Direito Civil, 4:243, 2000: "(A) aferição da constitucionalidade de um diploma legal, diante da repersonalização imposta a partir de 1988, deve levar em consideração a prevalência da proteção da dignidade humana em relação às relações jurídicas patrimoniais". A respeito da repersonalização do direito civil, v. também Adriano de Cupis, Diritti delia personalità, 1982.

58 Sobre este tema, v. duas teses de doutorado desenvolvidas no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito Público

da UERJ, ambas aprovadas com distinção e louvor e publicadas em edição comercial: Daniel Sarmento, Direitos fundamentais e relações privadas, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, Direitos fundamentais e interpretação constitucional, 2005. Aliás, trabalhos de excelente qualidade têm sido produzidos sobre a matéria, dentre os quais Wilson Steinmetz, A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, 2004; Ingo Wolfgang Sarlet (org.), Constituição, direitos fundamentais e direito privado, 2003; Rodrigo Kaufmann, Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, 2003 (dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Brasília); Luís Virgílio Afonso da Silva, A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares, 2005; André Rufino do Vale, Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, 2004; e Thiago Luís Santos Sombra, A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, 2004.

59 Vejam-se, exemplificativamente, algumas delas: a) pode um clube de futebol impedir o ingresso em seu estádio de jornalistas de um determinado veículo de comunicação que tenha feito críticas ao time (liberdade de trabalho e de imprensa)?; b) pode uma escola judaica impedir o ingresso de crianças não judias (discriminação em razão da religião)?; c) pode o empregador prever no contrato de trabalho da empregada a demissão por justa causa em caso de gravidez (proteção da mulher e da procriação)?; d) pode o locador recusar-se a firmar o contrato de locação porque o pretendente locatário é muçulmano (de novo, liberdade de religião)?; e) pode um jornalista ser demitido por ter emitido opinião contrária à do dono do jornal (liberdade de opinião)?

na determinação do modo e da intensidade dessa incidência. Doutrina e jurisprudência dividem-se em duas correntes principais:

a) a da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentido às cláusulas abertas;

b) a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro lado.

O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência[60]. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para essa específica ponderação entre autonomia da vontade versus outro direito fundamental, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério adotado (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os

patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (e.g., ninguém pode sujeitar-se a sanções corporais)[61].

O processo de constitucionalização do direito civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive civilista. Aliás, coube a esta, em grande medida, o próprio fomento da aproximação inevitável[62]. Ainda se levantam, aqui e ali, objeções de naturezas diversas, mas o fato é que as resistências, fundadas em uma visão mais tradicionalista do direito civil, dissiparam-se em sua maior parte. Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre

60 Confiram-se duas decisões do STF sobre o tema. No RE 161243/DF, considerou inconstitucional a política trabalhista de uma companhia aérea que previa direitos diferentes para os empregados nacionais e estrangeiros, por ofensa ao princípio constitucional da igualdade. No RE 158215/RS, assegurou que o princípio do devido processo legal também se aplica às associações privadas, cujos membros não podem ser expulsos sem a observância de um processo justo.

61 Para um aprofundamento do tema, v. Daniel Sarmento, Direitos fundamentais e relações privadas, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, Direitos fundamentais e interpretação constitucional, 2005.

62 No caso da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, esta é uma das principais linhas do Programa de Pós-graduação em Direito Civil, onde foram pioneiros doutrinadores como Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barbosa. Na Universidade Federal do Paraná, destacam-se os trabalhos do Professor Luiz Edson Fachin. Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da Professora Judith Martins-Costa. Na PUC de São Paulo, do Professor Renan Lotufo. Na Universidade Federal de Alagoas, do Professor Paulo Netto Lôbo.

o direito privado[63]. A sinergia com o direito constitucional potencializa e eleva os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista.

2 Direito administrativo[64]

O direito constitucional e o direito administrativo têm origem e objetivos comuns: o advento do liberalismo e a necessidade de limitação do poder do

63 Gustavo Tepedino, O direito civil e a legalidade constitucional, Revista Del Rey Jurídica, 13:23, 2004: "Ao contrário do cenário dos anos 80, não há hoje civilista que negue abertamente a eficácia normativa da Constituição e sua serventia para, ao menos de modo indireto, auxiliar na interpretação construtiva da norma infraconstitucional". Em seguida, em preciosa síntese, identifica o autor as quatro objeções mais freqüentes à aplicação da Constituição às relações de direito civil: a) não cabe ao constituinte, mas ao legislador, que constitui uma instância mais próxima da realidade dos negócios, a regulação da autonomia privada; b) a

baixa densidade normativa dos princípios constitucionais propiciaria excessiva discricionariedade aos magistrados; c) a estabilidade milenar do direito civil restaria abalada pela instabilidade do jogo político-constitucional; d) o controle axiológico das relações de direito civil, para além dos limites claros do lícito e do ilícito, significaria desmesurada ingerência na vida privada.

64 Sobre as transformações do direito administrativo na quadra atual, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Sociedade, Estado e administração pública, 1996; Mutações do direito administrativo, 2000; e Direito regulatório, 2003; Caio Tácito, O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro, Revista de Direito Administrativo, 202:1, 1995; Eros Roberto Grau, A ordem econômica na Constituição de 1988, 1990; Odete Medauar, Direito administrativo moderno, 1998; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas, 1999; Carlos Ari Sundfeld, Direito administrativo orde- nador, 2003; Patrícia Batista, Transformações do direito administrativo, 2003; Marcos Juruena, Desestatização, privatização, concessões e terceirizações, 2000; Paulo Modesto, A reforma da previdência e a definição de limites de remuneração e subsídio dos agentes públicos no Brasil, in Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari, 2004; Humberto Ávila, Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular", in O direito público em termos de crise: estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel, 1999; Alexandre Aragão, Agências reguladoras, 2002; Gustavo Binenbojm, Uma teoria do direito administrativo, 2006. V. tb. Luís Roberto Barroso, Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista, in Temas de direito constitucional, 2002, t. I; A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços, in Temas de direito constitucional, 2003, t. II; Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada, in Temas de direito constitucional, 2003, t. II; Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática, in Temas de direito constitucional, 2003, t. II. Para a formação da doutrina administrativista no Brasil, preste-se a homenagem devida e merecida a Miguel Seabra Fagundes, 0 controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, i-edição de 1957, e Hely Lopes Meirelles, Curso de direito administrativo brasileiro, lâ edição de 1964. Caio Tácito, além de escritos e inúmeros pareceres, dirigiu desde 1993, e até o seu falecimento em 2005, a Revista de Direito Administrativo, a mais antiga e prestigiosa publicação na matéria. Celso Antônio Bandeira de Mello, Elementos de direito administrativo, lâ edição de 1980, e, depois, Curso de direito administrativo, teve influência decisiva no desenvolvimento de um direito administrativo na perspectiva da cidadania, e não da Administração.

Estado. Nada obstante, percorreram ambos trajetórias bem

diversas, sob influência do paradigma francês. De fato, o direito constitucional passou o século XIX e a primeira metade do século XX associado às categorias da política, destituído de força normativa e aplicabilidade direta e imediata (v. supra). O direito administrativo, por sua vez, desenvolveu-se como ramo jurídico autônomo e arrebatou a disciplina da Administração Pública. Na França, onde esse domínio do Direito recebeu grande impulso, a existência de uma jurisdição administrativa dissociada da atuação judicial e o prestígio do Conselho de Estado deram ao direito administrativo uma posição destacada no âmbito do direito público[65], associando-o à continuidade e à estabilidade das instituições[66]. Somente após a Segunda Guerra Mundial, com o movimento de constitucionalização, essa situação de preeminência iria modificar-se.

Não se vai reconstituir o histórico da relação entre o direito constitucional e o direito administrativo, que é feito pelos administrativistas em geral[67] e desviaria o foco da análise que aqui se quer empreender. Na quadra presente, três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do direito administrativo: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias desse ramo do Direito. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados.

A presença de dispositivos sobre a Administração Pública nas Constituições modernas tem início com as Cartas italiana e alemã, em precedentes que foram ampliados pelos Textos português e espanhol. A Constituição brasileira de 1988 discorre amplamente sobre a Administração Pública (v. supra), com censurável grau de detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos. Nada obstante, contém algumas virtudes, como a dissociação da função administrativa da atividade de governo[68] e a enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo, que na redação original eram os da legali

65 Sobre o tema, v. Patrícia Batista, Transformações do direito administrativo, 2003, p. 36-37.

66 A propósito, v. o célebre artigo de Georges Vedei, Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif, in Mélanges Waline, 1974. Sobre o tema, v. também Louis Favoreu, La constitutionnalisation du Droit, in Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, La constitutionnalisation des branches du Droit, 1998, p. 182.

67 V., por todos, Hely Lopes Meirelles, Direito administrativo brasileiro, 1993, p. 31. Para uma visão severamente crítica da origem e evolução do direito administrativo, v. Gustavo Binen- bojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, Revista de Direito Administrativo,

239:1, 2005.

68 V. Patrícia Batista, Transformações do direito administrativo, 2003, p. 74.

dade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, acrescentou ao elenco o princípio da eficiência[69]. A propósito, a tensão entre a eficiência, de um lado, e a legitimidade democrática, de outro, é uma das marcas da Administração Pública na atualidade[70].

De parte isso, deve-se assinalar que o perfil constitucional do Estado brasileiro, nos domínios administrativo e econômico, foi alterado por um conjunto amplo de reformas econômicas, levadas a efeito por emendas e por legislação infraconstitucional, e que podem ser agrupadas em três categorias: a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e a desestatização. Tais transformações modificaram as bases sobre as quais se dava a atuação do Poder Público, tanto no que diz respeito à prestação de serviços públicos como à exploração de atividades econômicas. A diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado transferiu sua responsabilidade principal para o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas que exigem regime especial. Foi nesse contexto que surgiram as agências reguladoras, via institucional pela qual se consumou a mutação do papel do Estado em relação à ordem econômica[71].

Por fim, mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais - não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade

69 A Lei n. 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no plano federal, enuncia como princípios da Administração Pública, dentre outros, os da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

70 V. Luís Roberto Barroso, Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática, in Temas de direito constitucional, 2003, t. II, "O Estado moderno, o direito constitucional e o direito administrativo passaram nas últimas décadas por transformações profundas, que superaram idéias tradicionais, introduziram conceitos novos e suscitaram perplexidades ainda não inteiramente equacionadas. Nesse contexto, surgem questões que desafiam a criatividade dos autores, dos legisladores e dos tribunais, dentre as quais se incluem, em meio a diversas outras: a) a definição do regime jurídico e das interações entre duas situações simétricas: o desempenho de atividades econômicas privadas pelos entes públicos e, especialmente, a realização por

pessoas privadas de atividades que deixaram de ser estatais, mas continuaram públicas ou de relevante interesse público; b) o difícil equilíbrio entre diferentes demandas por parte da sociedade, envolvendo valores que se contrapõem ou, no mínimo, guardam entre si uma relação de tensão, como: (i) eficiência administrativa, (ii) participação dos administrados e (iii) controle da Administração Pública e suas agências pelos outros órgãos de Poder e pela sociedade; (...)".

71 As agências reguladoras, como categoria abstrata, não receberam disciplina constitucional. O texto da Constituição, todavia, faz menção a duas delas: a de telecomunicações (art. 21, XI) e a de petróleo (art. 177, § 2[2], III).

das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais[72]. Dentre eles é possível destacar:

a) a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Em relação a esse tema, comentado em mais detalhe supra, deve-se fazer,

em primeiro lugar, a distinção necessária entre interesse público (i) primário, isto é, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social, e (ii) secundário, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário[73]. Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia a priori e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto[74].

b) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária

Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em prin

72 Sobre este tema específico, v. Gustavo Binenbojm, Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, 2006, e o projeto de doutoramento de Arícia Corrêa Fernandes, Por uma releitura do princípio da legalidade administrativa e da reserva de administração, 2003, apresentado ao Programa de Pós-gradução em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob minha

orientação. V. tb. Patrícia Ferreira Batista, Transformações do direito administrativo, 2003; e Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, Revista de Direito Administrativo, 239:1, 2005.

73 Essa classificação, de origem italiana, é pouco disseminada na doutrina e na jurisprudência brasileiras. V. Renato Alessi, Sistema Istituzionale dei diritto administrativo italiano, 1960, p. 197, apud Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo, 2003, p. 57. Depois de Celso Antônio, outros autores utilizaram essa distinção. V. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Curso de direito administrativo, 1997, p. 429 e s.

74 Para um aprofundamento dessa discussão, v. meu prefácio ao livro de Daniel Sarmento (org.), Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público, 2005. V. tb., naturalmente, o próprio livro, do qual constam textos de grande valia sobre o tema, escritos por Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier, Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmento e Alexandre Aragão. O texto de Humberto Ávila foi pioneiro na discussão da matéria. Sob outro enfoque, merece referência o trabalho de Fábio Medina Osório, Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito brasileiro?, Revista de Direito Administrativo, 220:107, 2000.

cípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.

c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juizes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade), e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade, permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz)[75].

Um último comentário se impõe nesse passo. Há autores que se referem à mudança de alguns paradigmas tradicionais do direito administrativo como caracterizadores de uma privatização do direito público, que passa a estar submetido, por exemplo, a algumas categorias do direito das obrigações. Seria, de certa forma, a mão inversa da publicização do direito privado. Na verdade, é a aplicação de princípios constitucionais que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos de direito privado para o direito público. O fenômeno em questão, portanto, não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas de constitucionalização de ambos. Daí resulta

uma diluição do rigor da dualidade direito público/direito privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa[76].

75 Sobre princípios constitucionais da Administração Pública, v. Carmen Lúcia Antunes Rocha, Princípios constitucionais da Administração Pública, 1994; Romeu Bacellar, Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar, 1998; Juarez Freitas, 0 controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais, 1999; Ruy Samuel Espíndola, Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas, Interesse Público, 21:57, 2003.

76 Não é possível aprofundar o tema, que é rico e intrincado, sem um desvio que seria inevitavelmente longo e descabido nas circunstâncias. Vejam-se, sobre a questão: Pietro Per- lingieri, Perfis de direito civil, 1997, p. 17; Maria Celina Bodin de Moraes, A caminho de um direito civil constitucional, Revista de Direito Civil, 65:23, 1993, p. 25; e Gustavo Tepedino, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, in Temas de direito civil, 2004, p. 19: "Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores".

3 Direito penal"

A repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada. A Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria. Em primeiro lugar, pela previsão de um amplo catálogo de garantias, inserido no art. 5°. Além disso, o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas[78], assim como impede a criminalização de outras[79]. Adicione-se a circunstância de que algumas tipificações previamente existentes são questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes[80]. Da mesma forma, discute-se a possibilidade de se excepcionarem determinadas incidências concretas da norma penal - a despeito da caracterização dos elementos típicos - na medida em que provoquem resultado incompatível com a ordem constitucional[81].

77 Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens, Crime e

Constituição, 2003; Luciano Feldens, A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, 2005; Carlos Bernal Pulido, O princípio da proporcionalidade da legislação penal, in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coord.), A constitucionalização do Direito, 2006, p. 805 e s.; Ingo Wolfgang Sarlet, Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência, Revista de Estudos Criminais, 12:86, 2003. O presente tópico beneficia-se, também, da discussão de idéias contidas em dois trabalhos de final de curso apresentados na disciplina Interpretação Constitucional, do Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ: Valéria Caldi de Magalhães, Constitucionalização do Direito e controle de constitucionalidade das leis penais: algumas considerações, mimeografado, 2005; e Ana Paula Vieira de Carvalho, Neoconstitucionalismo e injusto penal, mimeografado, 2007.

78 Como, por exemplo, nos casos de racismo, tortura, ação de grupos armados contra a ordem constitucional, crimes ambientais e violência contra a criança, dentre outras referências expressas. V. arts. 5ª, XLI, XLII, XLIII, XLIV, 7², X, 225, § 3², e 227, § 4ª.

79 Por exemplo: "Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos"; "Art. 5². (...) XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização (...); XVH - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar".

80 É o caso de tipos previstos no Código Penal (CP), como o de escrito obsceno, assim descrito: "Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa". Até bem pouco tempo, encontravam-se em vigor os tipos de sedução (art. 217) e adultério (art. 240), igualmente anacrônicos (para efeitos de criminalização, sem prejuízo do juízo moral que se possa fazer a respeito das referidas condutas). As duas referências foram revogadas pela Lei n. 11.106/2005.

81 Duas decisões do Supremo Tribunal Federal exemplificam o argumento. Na primeira, concedeu-se habeas corpus em favor de um jovem acusado de estupro por haver mantido relação sexual com uma menina de 12 anos. Por maioria, decidiu a Corte que a presunção de

A constitucionalização do direito penal suscita um conjunto instigante e controvertido de idéias, a serem submetidas ao debate doutrinário e à consideração da jurisprudência. Boa parte do pensamento jurídico descrê das potencialidades das penas privativas de liberdade, que somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos eficazes para a proteção dos interesses

constitucionalmente relevantes[82]. Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica[83]. A disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve ir além nem tampouco ficar aquém do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. No primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta de razoabilidade ou proporcionalidade[84]; no segundo, por omissão

violência do art. 224 do CP é relativa e que o crime não se configurava, à vista de elementos do caso concreto - o consentimento da vítima, bem como sua aparência e conduta, que faziam crer tivesse ela mais de 14 anos - que tornariam extremamente injusta a aplicação literal do dispositivo do Código Penal (STF, DJU, 20 set. 1996, HC 73.662/MG, Rei. Min. Marco Aurélio). Num outro caso, a Corte trancou a ação penal promovida contra ex-Prefeita Municipal, pela contratação de boa-fé, mas sem concurso público, de um único gari. O fundamento utilizado foi a insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, gerando falta de justa causa para a ação penal (STF, DJU, 11 set. 1998, HC 77.003-4, Rei. Min. Marco Aurélio). Sobre o tema da interpretação conforme a equidade, de modo a evitar a incidência iníqua de determinada regra, v. Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005, p. 221 e s.

82 V. Valéria Caldi de Magalhães, Constitucionalização do Direito e controle de constitucionalidade das leis penais: algumas considerações, mimeografado, 2005: "Ao mesmo tempo em que o funda e autoriza, a Constituição reduz e limita o direito penal, na medida em que só autoriza a criminalização de condutas que atinjam de modo sensível um bem jurídico essencial para a vida em comunidade. Este é o papel do direito penal: atuar como ultima ratio, quando seja absolutamente necessário e não haja outros mecanismos de controle social aptos a impedir ou punir aquelas lesões".

83 Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens, Crime e Constituição, 2003, p. 44-45: "No campo do Direito Penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos expressamente na Constituição (erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente, etc.), os delitos que devem ser penalizados com (maior) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, obstaculizam/dificultam/impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático. Entendemos ser possível, assim, afirmar que os crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e corrupção (para citar apenas alguns) merecem do legislador um tratamento mais severo que os crimes que dizem respeito às relações meramente interindividuais (desde que cometidos sem violência ou grave ameaça)".

84 É o caso da disciplina penal dada pela Lei n. 9.677/98 (Lei dos Remédios) à adulteração de cosméticos. O delito é equiparado à

adulteração de medicamentos, infração sujeita a penas mínimas superiores à do crime de homicídio para a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (CP, art. 273 e § l[2], a). Sobre o tema, v. Miguel Reale Júnior, A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios, Revista dos Tribunais, 763:4 1 5, 1999. Outro exemplo é o da Lei n. 9.437/97, que em seu art. 10 pune

em atuar na forma reclamada pela Constituição[85].

Feitas essas anotações iniciais, procura-se a seguir sistematizar algumas das idéias principais que se colhem na confluência entre a Constituição e o direito penal. De início, o registro imprescindível de que o direito penal, a exemplo dos demais ramos do Direito, sujeita-se aos princípios e regras da Constituição. Disso resulta, como já assinalado, a centralidade dos direitos fundamentais, tanto na sua versão subjetiva como na objetiva (v. supra). Com essa observação, examinam-se as premissas de trabalho na matéria: (i) reserva legal e liberdade de conformação do legislador; (ii) garantismo; e (iii) dever de proteção. Ao final, na produção da síntese necessária, destaca-se o papel do princípio da razoabilidade-proporcionalidade.

No direito brasileiro, a tipificação de condutas penais e a fixação de penas aplicáveis são matérias reservadas à lei[86] e, mais que isso, são privativas de lei formal[87]. Doutrina e jurisprudência reconhecem ampla liberdade de conformação ao legislador na definição dos crimes e das sanções[88], de acordo com as demandas sociais e com as circunstâncias políticas e econômicas de cada época. Respeitadas as proibições e as imposições de atuação, a matéria é largamente relegada à deliberação das maiorias parlamentares. Nada obstante, o respeito aos direitos fundamentais impõe à atividade legislativa limites máximos e limi

com penas idênticas o porte de arma de fogo e o porte de arma de brinquedo. Sobre a proporcionalidade no âmbito do direito penal, v. Ingo Sarlet, Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, Revista de Estudos Criminais, 12:86, 2003.

85 Valéria Caldi de Magalhães, Constitucionalização do Direito e controle de constitucionalidade das leis penais: algumas considerações, mimeografado, 2005, p. 15, considera de "duvidosa constitucionalidade" a previsão legal de extinção da punibilidade de crimes contra a ordem tributária, em razão do pagamento do tributo antes e, até mesmo, após o recebimento da denúncia. A matéria é disciplinada pelo art. 34 da Lei n. 9.249/95 e pelo art. 9[a] da Lei n. 10.684/2003.

86 CF/88, art. 5[a]: "XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

87 Não se admite a criação de tipo penal ou o estabelecimento de pena por meio de medida provisória, nem menos ainda

por ato normativo secundário, como regulamento ou portaria. Nesse sentido, v. STF, DJU, 9 abr. 1999, p. 2, HC 834/MT, Rei. Min. Sepúlveda Pertence: "Crime de responsabilidade: definição: reserva de lei. Entenda-se que a definição de crimes de responsabilidade, imputáveis embora a autoridades estaduais, é matéria de Direito Penal, da competência privativa da União - como tem prevalecido no Tribunal - ou, ao contrário, que sendo matéria de responsabilidade política de mandatários locais, sobre ela possa legislar o Estado-membro - como sustentam autores de tomo - o certo é que estão todos acordes em tratar-se de questão submetida à reserva de lei formal, não podendo ser versada em decreto legislativo da Assembleia Legislativa".

88 No direito brasileiro, essa atribuição só pode ser exercida pelo legislador federal, tendo em vista ser privativa da União a competência para legislar sobre direito penal (CF/88, art. 22,1).

tes mínimos de tutela. A Constituição funciona como fonte de legitimação e de limitação do legislador[89].

A segunda premissa diz respeito à postura garantista[90], em relação ao acusado, que é consectário natural do Estado democrático de direito. Reserva legal, não retroatividade da lei penal, individualização da pena, devido processo legal são garantias constitucionais dos réus em geral. É inegável que a tipificação e punição de um crime interferem, inexoravelmente, com os direitos fundamentais, notadamente com o direito à liberdade. Por vezes, interferirá também com o direito de propriedade, em caso de multa ou perda de bens. Porém, como já se assentou, nenhum direito fundamental é absoluto, e existe sempre a possibilidade de tais direitos colidirem entre si ou com outros bens e valores constitucionais. Há uma tensão permanentemente entre a pretensão punitiva do Estado e os direitos individuais dos acusados. Para serem medidas válidas, a criminalização de condutas, a imposição de penas e o regime de sua execução deverão realizar os desígnios da Constituição, precisam ser justificados, e não poderão ter natureza arbitrária, caprichosa ou desmesurada. Vale dizer: deverão

89 A esse propósito, v. Ana Paula Vieira de Carvalho, Neoconstitucionalismo e injusto penal, mimeografado, 2007. A autora destaca a superação do conceito meramente formal de crime e o desenvolvimento de um conceito material para o injusto penal, fundado na lesividade social da conduta perpetrada. "A concretização desta idéia de nocividade ou lesividade foi possível através do conceito de bem jurídico, que encarnaria assim o objeto da proteção a ser conferida pelo legislador, sem o qual a atuação deste último seria arbitrária ou ilegítima. Materialmente antijurídicas seriam apenas, portanto, as condutas lesivas de bens jurídicos penalmente protegidos." Mais à frente, arrematando as idéias, sintetizou a matéria: "[É] possível concluir que: a) a preocupação em limitar materialmente o poder legislativo em sede penal é anterior ao desenvolvimento do constitucionalismo; b) desta preocupação nasceu a idéia de antijuridicidade material, tendo como conteúdo o bem jurídico; c)

com a ascensão do (neo)constitucionalismo, o conceito de bem jurídico passou a ser conformado pelos valores constitucionais tal qual positivados na Carta Constitucional; d) desta forma a discricionariedade legislativa fica limitada não apenas pela idéia de lesividade social como atributo de todo injusto penal, mas também pela necessidade de adequação da conformação do bem jurídico protegido aos valores trazidos na Constituição".

90 Sobre garantismo, v. Luigi Ferrajoli, Derecho y razón: teoria dei garantismo penal, 2000, em cuja Introdução escreveu: "[E]l 'garantismo' no tiene nada que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo. Antes bien, consiste en la tutela de los derechos fundamentales: los cuales - de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistência, de los derechos individuales a los colectivos - representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos, que fundan y justifican la existência de aquellos 'artifícios' - como los llamó Hobbes - que son el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base substancial de Ia democracia". V. tb. Alexandre Morais da Rosa, 0 que égarantismo jurídico?, 2003.

observar o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, inclusive e especialmente na dimensão da vedação do excesso[91].

Por fim, a terceira premissa é a de que o direito penal atua como expressão do dever de proteção do Estado aos bens jurídicos constitucionalmente relevantes, como a vida, a dignidade, a integridade das pessoas e a propriedade. A tipificação de delitos e a atribuição de penas também são mecanismos de proteção a direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, o Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, seja pela não tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência[92].

Em suma: o legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas. Ao fazê-lo, deverá respeitar os direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no processual. Por outro lado, tem o legislador deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar valores, bens e direitos fundamentais de seus integrantes. Nesse universo, o princípio da razoabilidade-proporcionalidade, além de critério de aferição da validade das restrições a direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e de insuficiência.

Uma hipótese específica de constitucionalização do direito penal suscitou candente debate na sociedade e no Supremo Tribunal Federal: a da legitimidade

91 Por exemplo: o STF considerou inconstitucional o dispositivo legal que impedia a progressão de regime no caso de crimes

hediondos. V. DJU, 9 fev. 2007, HC 90.049/RS, Rei. Min. Marco Aurélio.

92 Uma controvertida decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão pode figurar como um exemplo dessa hipótese. No chamado Caso Aborto 1 (BVerfGE I, 1975), julgado em 1975, a Corte declarou inconstitucional lei que descriminalizava o aborto, sob o argumento de que a medida produzia uma situação de descumprimento do dever estatal de recriminar a antiju- ridicidade da prática. O Tribunal chegou a registrar que a resposta estatal até poderia vir por outra forma que não a tipificação de delito, mas que, naquele caso, a medida substitutiva seria insuficiente, produzindo a inconstitucionalidade da lei impugnada. Assentou o TCF: "Nos casos extremos, quando a proteção determinada pela Constituição não se consiga de nenhuma outra maneira, o legislador pode estar obrigado a recorrer ao direito penal para proteger a vida em desenvolvimento". A decisão instaurou acesa polêmica, havendo dois votos divergentes que consideravam a declaração de inconstitucionalidade uma invasão à liberdade de conformação do legislador. Posteriormente, em 1993, o Tribunal Constitucional voltou a analisar a questão, no Caso Aborto II (BVerfGE 203, 1993), mantendo sua posição de que o Poder Público estava obrigado a reprimir a conduta, mas declarando a constitucionalidade de lei que efetuava a descriminalização. Ambas as decisões encontram-se relatadas e comentadas em Donald P. Kommers, The constitutional jurisprudence ofthe Federal Republic of Germany, 1997, p. 336-356.

ou não da interrupção da gestação nas hipóteses de feto anencefálico. Na ação constitucional ajuizada pediu-se a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Código Penal que tipificam o crime de aborto, para declarar sua não incidência naquela situação de inviabilidade fetal. A grande questão teórica em discussão era saber se, ao declarar a não incidência do Código Penal a determinada situação, porque isso provocaria um resultado inconstitucional, estaria o STF interpretando a Constituição - que é o seu papel - ou criando uma nova hipótese de não punibilidade do aborto, em invasão da competência do legislador[93].

Não é propósito deste estudo, voltado para uma análise panorâmica, percorrer caso a caso o impacto da Constituição sobre os diferentes segmentos do Direito. A constitucionalização, como já observado, manifesta-se de maneira difusa pelos diferentes domínios, ainda que em graus variados. As idéias gerais apresentadas são válidas, portanto, para todos os ramos, aí incluídos o direito processual penal e civil, o direito do trabalho, o direito comercial, o direito ambiental e assim por diante.

V CONSTITUCIONALIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

A constitucionalização, na linha do argumento aqui desenvolvido, expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Essa difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas

com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos inter

93 STF, ADPF 54, Rei. Min. Marco Aurélio. Por 7 votos a 4, o STF decidiu conhecer da ação e apreciar-lhe o mérito. Alguns dos argumentos apresentados pela autora da ação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, foram os seguintes: (i) atipicidade do fato: pelo direito positivo brasileiro, a vida se extingue pela morte encefálica; o feto anencefálico não chega sequer a ter vida cerebral (princípio da legalidade); (ii) exclusão da punibilidade: o Código Penal determina a não punição nos casos de risco de morte para a mãe e de estupro; tais situações, por envolverem feto com potencialidade de vida, são mais drásticas do que a da anencefalia, que só não foi prevista expressamente por inexistirem recursos tecnológicos de diagnóstico quando da elaboração do Código Penal, em 1940 (interpretação evolutiva); (iii) violação do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na versão da integridade física quanto psíquica, pela imposição de sofrimento imenso e inútil à mulher, obrigando-a a levara termo uma gestação inviável. V. a petição inicial e memorial apresentado em Luís Roberto Barroso, Temas de direito constitucional, 2005, t. III, p. 559 e s.

pretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional[94].

Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juizes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. Isso conduz a um último desenvolvimento de natureza política, que é considerado no parágrafo abaixo.

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juizes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

Pois bem: em razão desse conjunto de fatores -

constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário -, verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final[95]. Vejam-se abaixo, ilustrativamente, alguns dos temas e casos que foram objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou de outros tribunais, em período recente:

(i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça);

94 A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle por via incidental e difuso (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle por via principal e concentrado, implantado com a EC n. 16/65 (sistema continental europeu). V. Luís Roberto Barroso, 0 controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 2006.

95 O tema é ainda pouco explorado na doutrina. V., no entanto, o trabalho-pesquisa elaborado por Luiz Werneck Vianna, Maria Alice de Carvalho, Manuel Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, A judicialização da política e das relações sociais no Brasil, 1999. E também, para duas visões diversas, Luiz Werneck Vianna (org.), A democracia e os três Poderes no Brasil, 2002, e Rogério Bastos Arantes, Ministério Público e política no Brasil, 2002. Para uma análise crítica desses dois trabalhos, v. Débora Alves Maciel e Andrei Koerner, Sentidos da judicialização da política: duas análises, Lua Nova, 57:113, 2002.

(ii) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal;

(iii) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal e das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias;

(iv) Questões do dia a dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde.

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política, aspecto que é reforçado pela exemplificação acima. Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade,

baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juizes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.

Nesse ponto se coloca uma questão que só mais recentemente vem despertando o interesse da doutrina no Brasil, que é a da legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites. Algumas expressões concretas dessa atuação, como o controle de constitucionalidade - i.e., a possibilidade de invalidação de leis e atos normativos emanados do Legislativo já têm sido objeto de debate mais profundo nos últimos anos[96]. Outro domínio polêmico, relacionado ao controle de políticas públicas - i.e., o exame da adequação e

96 No direito comparado, no qual o tema é discutido de longa data, v., exemplificativamen- te: Hamilton, Madison e Jay, The federalist papers, 1981 (a publicação original ocorreu entre 1787 e 1788), especialmente 0 Federalista n. 78; John Marshall, voto em Marbury v. Madison [5 U.S. (1 Cranch)], 1803; Hans Kelsen, Quién debe ser el defensor de la Constitución, 1931; Carl Schmitt, La defensa de la Constitución, 1931; John Hart Ely, Democracy and distrust, 1980; Alexander Bickel, The least dangerous branch, 1986; Ronald Dworkin, A matter of principie, 1985; John Rawls, A theory of justice, 1999; Jürgen Habermas, Direito e democracia; entre facticidade e validade, 1989; Bruce Ackerman, We the people: foundations, 1993; Carlos Santiago Nino, La Constitución de la democracia deliberativa, 1997. Na literatura nadonal mais recente, vejam-se: Bianca Stamato Fernandes, Jurisdição constitucional, 2005; Gustavo Binenbojm, A nova jurisdição constitucional brasileira, 2004; Cláudio de Souza Pereira Neto, Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática, 2002; José Adércio Leite Sampaio, A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional, 2002.

suficiência de determinadas ações administrativas e o suprimento de omissões - vem ganhando atenção crescente[97]. São amplos os espaços de interseção e fricção entre o Judiciário e os outros dois Poderes, potencializando a necessidade de se demarcar o âmbito de atuação legítima de cada um[98]. Como intuitivo, não existem fronteiras fixas e rígidas, havendo uma dinâmica própria e pendular nessas interações.

Em sentido amplo, a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. No Brasil, essa possibilidade vem desde a primeira Constituição republicana (controle incidental e difuso), tendo sido ampliada após a Emenda Constitucional n. 16/65 (controle principal e concentrado). A existência de fundamento normativo expresso, aliada a outras circunstâncias, adiou o debate no país acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel normalmente referido como contramajoritário[99]: órgãos e agentes públicos não eleitos têm o

poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular.

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida

97 V. Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, Revista de Direito Administrativo n. 240, 2005, e, da mesma autora, Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, Revista de Direito do Estado, 3:17, 2006. V. tb. Marcos Maselli Pinheiro Gouvêa, O controle judicial das omissões administrativas, 2003. Abordagens iniciais da questão podem ser encontradas em Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2003; e Ingo Wolfgang Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais, 2004.

98 Vejam-se dois exemplos ilustrativos de questões decididas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal: (i) as maiorias parlamentares não podem frustrar o direito das minorias de verem instaladas comissões parlamentares de inquérito (DJU, 4 ago. 2006, MS 24.831, Rei. Min. Celso de Mello); e (ii) mudanças das regras eleitorais sobre coligações partidárias não podem ser aplicadas às eleições que se realizarão em menos de um ano (DJU, 10 ago. 2006, ADIn 3.685, Rei. Min. Ellen Gracie). Para um comentário acerca destas e de outras decisões, v. Nelson Nascimento Diz, Retrospectiva 2006: Supremo Tribunal Federal, Revista de Direito do Estado, 5:87, 2006.

99 A expressão "dificuldade contramajoritária" (the counter-majoritarian difficulty) foi cunhada por Alexander Bickel, The least dangerous branch, 1986, p. 16, cuja Ia edição é de 1962.

com a realidade mais complexa da interpretação jurídica contemporânea - que superou a compreensão formalista e mecanicista do fenômeno jurídico, reconhecendo o papel decisivo do intérprete na atribuição de sentido às normas jurídicas[100] -, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação[101].

Por sua vez, a questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a

adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. Para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial, a doutrina começa a voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas[102].

O papel do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal Federal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição, é o combustível de um

100 Relembre-se que no atual estágio da dogmática jurídica reconhece-se que, em múltiplas situações, o juiz não é apenas "a boca que pronuncia as palavras da lei", na expressão de Montesquieu. Hipóteses há em que o intérprete é co-participante do processo de criação do Direito, integrando o conteúdo da norma com valorações próprias e escolhas fundamentadas, notadamente quando se trate da aplicação de cláusulas gerais e princípios. Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, Revista Forense, 371:175, 2004.

101 Sobre o tema, vejam-se Cláudio Pereira de Souza Neto, Jurisdição, democracia e racionalidade prática, 2002; José Adércio Leite Sampaio, A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional, 2002; Bianca Stamato, Jurisdição constitucional, 2005.

102 V., especialmente, Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas, Revista de Direito Administrativo, n. 240, 2005. Em duas passagens, sintetiza a autora, de maneira feliz, os dois polos da questão: "Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral". Porém de outra parte: "Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas - que irá ou não realizar esses fins - deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo" (grifos no original).

debate permanente na teoria/filosofia[103] constitucional contemporânea, pelo mundo afora. Como as nuvens, o tema tem percorrido trajetórias variáveis, em função de ventos circunstanciais, e tem assumido formas as mais diversas: ativismo versus contenção judicial; interpretativismo versus não interpretativismo; constitucionalismo popular versus supremacia judicial. A terminologia acima deixa trair a origem do debate: a discussão existente sobre a matéria nos Estados Unidos, desde

os primórdios do constitucionalismo naquele país. A seguir uma palavra sobre a experiência americana.

A atuação pró-ativa da Suprema Corte, no início da experiência constitucional americana, foi uma bandeira do pensamento conservador. Não há surpresa nisso: ali se encontrou apoio para a política da segregação racial[104] e para a invalidação das leis sociais em geral[105], culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte[106]. A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Earl

103 Os conceitos de teoria e de filosofia constitucional não se confundem, mas vêm se aproximando, como notou Cláudio Pereira de Souza Neto, A teoria constitucional e seus lugares específicos: notas sobre o aporte reconstrutivo, in Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides, 2005, p. 87 e s.: "Tradicionalmente, a teoria da constituição se destinava à identificação, análise e descrição do que 'é' uma constituição. Hoje, contudo, abrange também o campo das indagações que versam sobre o que a constituição 'deve ser', i. e., incorpora dimensões racional-normativas, as quais se situam na seara do que se vem denominando 'filosofia constitucional'".

104 Em Dred Scott v. Sandford [60 U.S. (10 How.) 393], julgado em 1857, a Suprema Corte considerou serem inconstitucionais tanto as leis estaduais como as federais que pretendessem conferir cidadania aos negros, que eram vistos como seres inferiores e não tinham proteção constitucional. Na mais condenada decisão do constitucionalismo americano, a Suprema Corte alinhou-se com a defesa da escravidão. Muitos anos se passaram até que o Tribunal recuperasse sua autoridade moral e política. V. Nowack, Rotunda e Young, Constitutional law, 2000, p. 687.

105 A partir do final do século XIX, a Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na idéia do laissezfaire, pelo qual o desenvolvimento é mais bem fomentado com a menor interferência possível do Poder Público. A decisão que melhor simbolizou esse período foi proferida em 1905 no caso Lochnerv. New York (198 U.S. 45), na qual, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras leis. Esse período ficou conhecido como era Lochner.

106 Eleito em 1932, após a crise de 1929, Franklin Roosevelt deflagrou o New Deal, programa econômico e social caracterizado pela intervenção do Estado no domínio econômico e pela edição de ampla legislação social. Com base na doutrina desenvolvida na era Lochner, a Suprema Corte passou a declarar inconstitucionais tais leis, gerando um confronto com o Executivo. Roosevelt chegou a enviar um projeto de lei ao Congresso ampliando a composição da Corte - Court- packing plan -, que não foi aprovado. A Suprema Corte, no entanto, veio a mudar sua orientação e abdicou do exame do mérito das normas de cunho econômico e social,

tendo por marco a decisão proferida em West Coast vs. Parrish (300 U.S. 379), datada de 1937.

Warren (e logo ao início do período presidido por Burger), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais[107], incluindo afrodes- cendentes, presos e mulheres, bem como questões relativas a privacidade e aborto[108].

Pelos anos seguintes, o debate central na teoria constitucional norte-ame- ricana contrapôs, de um lado, liberais (ou progressistas), favoráveis ao judicial review e a algum grau de ativismo judicial, e, de outro, conservadores, favoráveis à autocontenção judicial e a teorias como o originalismo e o não interpretativismo[109]. De algum tempo para cá, em razão do amplo predomínio republicano e conservador, com reflexos na jurisprudência da Suprema Corte, alguns juristas liberais vêm questionando o que denominam "supremacia judicial" e defendendo um ainda impreciso constitucionalismo popular, com a "retirada da Constituição dos tribunais"[110]. Apesar do ativismo judicial conservador dos

107 Veja-se o registro dessa mudança em Larry D. Kramer, Popular constitutionalism, Califórnia Law Review, 92:959, 2004, p. 964-965: " (A Corte de Warren), pela primeira vez na história dos Estados Unidos, deu razão para que os progressistas encarassem o judiciário como um aliado em vez de um inimigo. Isto nunca foi problema para os conservadores. Desde a época dos Federalistas, os conservadores sempre sustentaram a idéia de uma ampla autoridade judicial, incluindo a supremacia do judiciário. E eles continuaram a fazê-lo após o juiz Warren assumir o cargo. Para os conservadores, o problema da Corte de Warren era simplesmente que suas decisões eram equivocadas. (...) Depois do ataque de Robert Bork, em 1968, na revista Fortune, vários conservadores começaram a investir contra a Corte usando a tradicional retórica liberal contramajoritária".

108 Earl Warren presidiu a Suprema Corte de 1953 a 1969; Warren Burger, de 1969 a 1986. Algumas decisões emblemáticas desses períodos foram: Brown ví. Board of Education (1954), que considerou inconstitucional a política de segregação racial nas escolas públicas; Griswold vs. Connecticut (1965), que invalidou lei estadual que incriminava o uso de pílula anticoncepcional, reconhecendo um direito implícito à privacidade; e Roe vs. Wade (1973), que considerou inconstitucional lei estadual que criminalizava o aborto, mesmo que antes do terceiro mês de gestação. No domínio do processo penal, foram proferidas as decisões marcantes já mencionadas (v. supra), em casos como Gideon vs. Wainwright (1963) e Miranda vs. Arizona (1966).

109 A crítica de viés conservador, estimulada por longo período de governos republicanos, veio embalada por uma corrente doutrinária denominada originalismo, defensora da idéia pouco consistente de que a interpretação constitucional deveria ater-se à intenção original dos criadores da Constituição. Sobre o tema, v. Robert Bork, The tempting of

America, 1990, e William Rehnquist, The notion of a living Constitution, Texas Law Review, 54:693, 1976. Em sentido oposto, v. Morton J. Horwitz, Foreword, The Constitution of change: legal fundamen- tality without fundamentalism, Harvard Law Review, 107:30, 1993, e Laurence Tribe, American constitutional law, 2000, p. 302 e s. Para uma análise ampla dessa temática em língua portuguesa, v. Bianca Stamato, Jurisdição constitucional, 2005.

110 Vejam-se alguns textos escritos nos últimos anos. Em favor do "popular constitutionalism", v.: Larry D. Kramer, The people themselves: popular constitutionalism and judicial review, 2004; Mark Tushnet, Taking the Constitution awayfrom the courts, 1999; Jeremy Waldron, The dignity oflegislation, 1999; Richard D. Parker, "Here the people rule": a popular constitutionalist mani- fest, 1994. Em defesa do "judicial review", v.: Cristopher L. Eisgruber's, Constitutional

últimos anos, o judicial review e o constitucionalismo democrático, por fundadas razões, ainda são as doutrinas dominantes do pensamento progressista[111].

O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. É bem de ver, no entanto, que a idéia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo

self-government, 2001; Erwin Chemerinsky, In defense of judicial review: a reply to professor Kramer, Califórnia Law Review, 92:1013, 2004; Frederick Schauer, Judicial supremacy and the modest Constitution, Califórnia Law Review, 92:1045, 2004. Também em linha crítica ao que denomina "legislative constitutionalism", v. Owen Fiss, Between supremacy and exclusivity, in Richard W. Bauman e Tsvi Kahana, The least examined branch: the role of legislatures in the constitutional state, 2006, onde escreveu: "Ao longo da história, a Suprema Corte tem sido identificada como o árbitro final do sentido da Constituição. (...) Essa premissa está sendo agora questionada por um movimento existente no meio acadêmico, conhecido como constitucionalismo legislativo, que reivindica um novo e importante papel para o Congresso no processo de interpretação constitucional. Este movimento, lamento dizer, é fruto de uma má-compreensão do papel do Judiciário durante a era dos direitos civis e da frustração que se desenvolveu em relação aos tribunais a partir de então".

111 V. Ronald Dworkin, Is democracy possible here?: principies for a new political debate, 2006, p. 131, explorando a distinção entre democracia majoritária e democracia como uma parceria entre iguais, e defendendo esta última: "[Djemocracia significa que o povo governa a si mesmo, cada indivíduo sendo um parceiro integral em um empreendimento político coletivo, no qual as decisões da maioria somente são democráticas quando algumas condições são preenchidas, de modo a proteger o status e

os interesses de cada cidadão como um parceiro integral no empreendimento". V. tb. Robert Post e Reva Siegel, Roe rage: democratic constitutionalism and backlash, mimeografado, 2007, texto gentilmente cedido pelo primeiro autor: "A confiança dos juristas progressistas na jurisdição constitucional chegou ao auge durante o período da Corte Warren e imediatamente após. Os tribunais eram celebrados como 'fórum de princípios', locais privilegiados de difusão da razão humana. Mas a atitude dos progressistas em relação à jurisdição constitucional começou recentemente a fragmentar-se e a divergir. Alguns juristas progressistas, seguindo o chamado do 'constitucionalismo popular', têm defendido que a Constituição deve ser retirada dos tribunais e restituída ao povo. Outros têm enfatizado a necessidade urgente de cautela judicial e de minimalismo. (...) Em nosso modo de ver, o pêndulo avançou longe demais, da confiança excessiva nos tribunais a um desespero excessivo. (...) O constitucionalismo democrático (aqui defendido) afirma tanto o papel das instituições representativas de governo e da mobilização da cidadania no cumprimento da Constituição quanto, ao mesmo tempo, afirma também o papel dos tribunais e da argumentação jurídica na interpretação da Constituição. Diferentemente do constitucionalismo popular, o constitucionalismo democrático não procura retirar a Constituição dos tribunais. O constitucionalismo democrático reconhece o papel essencial do judiciário na implementação dos direitos constitucionais no Estado americano. De outro lado, recusando um foco essencialmente jurisdicional (a juricentricfocus on courts), o constitucionalismo democrático valoriza o papel essencial que o engajamento popular desempenha ao direcionar e legitimar as instituições e as práticas do controle judicial".

do eleitorado[112]. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los[113]. O déficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa nas campanhas, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação[114].

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática

112 Christopher L. Eisgruber, Constitutional self-government and judicial review: a reply to five critics, University of San Francisco Law Review, 37:115, 2002, p. 119-131: "Os constitucio- nalistas... ainda não deram a devida atenção ã possibilidade de uma distinção conceituai entre

'os eleitores' e 'o povo'. (...) 'Governo de eleitores' e 'governo dos legisladores' são interpretações igualmente não satisfatórias de 'governo do povo'. Tanto governantes quanto eleitores são estimulados a tomar decisões políticas com base em seus interesses pessoais. No caso dos governantes, o estímulo é simples: os governantes têm que se preocupar em manter-se no cargo. (...) (Em relação aos eleitores), destacarei duas conseqüências que decorrem desse estímulo. Em primeiro lugar, é legítimo e talvez até desejável que os eleitores votem com base em seu interesse pessoal (os eleitores podem, por exemplo, deliberadamente escolher o candidato que mais diminuir sua carga tributária). Depois, os eleitores não têm nenhum estímulo institucional para serem moralmente responsáveis por suas decisões: ao contrário dos juizes, eles agem em grandes grupos e não precisam fundamentar suas decisões. (...) Defendo o controle de constitucionalidade por se tratar de um meio razoável e favorável à democracia (apesar de também imperfeito) de corrigir as imperfeições dos eleitores e dos governantes".

113 A jurisdição constitucional legitimou-se, historicamente, pelo inestimável serviço prestado às duas idéias centrais que se fundiram para criar o moderno Estado democrático de direito: constitucionalismo (i.e., poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo da maioria). O papel da corte constitucional é assegurar que todos esses elementos convivam em harmonia, cabendo-lhe, ademais, a atribuição delicada de estancar a vontade da maioria quando atropele o procedimento democrático ou vulnere direitos fundamentais da minoria. Um bom exemplo do que se vem de afirmar foi a decisão do STF reconhecendo o direito público subjetivo, assegurado às minorias legislativas, de ver instaurada Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI dos Bingos). Diante da inércia dos líderes partidários em indicar representantes de suas agremiações, a Corte concedeu mandado de segurança para que o próprio Presidente do Senado designasse os nomes faltantes. V. STF, DJU, 4 ago. 2006, p. 26, 24.831 /DF, Rei. Min. Celso de Mello.

114 V. Vital Moreira, O futuro da Constituição, in Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, 2001, p. 323: "Na fórmula constitucional primordial, 'todo poder reside no povo'. Mas a verdade é que, na reformulação de Sternberger, 'nem todo o poder vem do povo'. Há o poder econômico, o poder mediático, o poder das corporações sectoriais. E por vezes estes poderes sobrepõem-se ao poder do povo".

menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional[115].

No Brasil, só mais recentemente se começam a produzir estudos acerca do ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição,

interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político majoritário. O texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo tornam a tarefa complexa.

VI CONTROLANDO OS RISCOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO EXCESSIVA"[6]

A constitucionalização do Direito, na acepção aqui explorada, identifica o efeito expansivo das normas constitucionais, cujas regras e princípios se irradiam por todo o sistema jurídico. Dela resulta a aplicabilidade direta e imediata da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Lei Fundamental e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que lhes irá conformar o sentido e alcance. Na linha aqui esposada, trata-se de fenômeno positivo, compatível com o Estado democrático e com maior potencial de realização dos direitos fundamentais. Nada obstante, não deve passar despercebido o fato de que a constitucionalização exacerbada pode trazer conseqüências negativas, duas das quais são apontadas abaixo:

a) de natureza política: o esvaziamento do poder das maiorias, pelo enges- samento da legislação ordinária;

b) de natureza metodológica: o decisionismo judicial, potencializado pela textura aberta e vaga das normas constitucionais.

115 Na experiência brasileira, penso ter se concretizado, em ampla medida, a expectativa manifestada por mim em artigo escrito ao final da primeira década da Constituição brasileira de 1988. V. Luís Roberto Barroso, Dez anos da Constituição brasileira de 1988, Revista de Direito Administrativo, 214/1, 1998: "Minha proposição é simples: o fortalecimento de uma corte constitucional, que tenha autoridade institucional e saiba utilizá-la na solução de conflitos entre os Poderes ou entre estes e a sociedade (com sensibilidade política, o que pode significar, conforme o caso, prudência ou ousadia), é a salvação da Constituição e o antídoto contra golpes de Estado".

116 Sobre o tema, v. Daniel Sarmento, Ubiqüidade constitucional: os dois lados da moeda, Revista de Direito do Estado, 2:83, 2006, cujas idéias e preocupações inspiraram e motivaram o presente tópico.

Um sentido da locução constitucionalização do Direito identifica a vinda para a Constituição de normas dos diversos ramos do direito infraconstitucional, que nela viram consignados institutos, princípios e regras a eles atinentes. Outro sentido possível, que foi o explorado no presente capítulo, traduz a ida da Constituição, com seus valores e fins, aos diferentes ramos do direito infraconstitucional. Mas constitucionalizar uma matéria significa retirá-la da política cotidiana, do debate legislativo. Isso dificulta o governo da maioria, que não pode manifestar-se através do processo legislativo ordinário - que exige maioria simples ou, no máximo,

absoluta -, precisando alcançar, com freqüência, o quorum qualificado das emendas constitucionais. Como a Constituição brasileira já padece do excesso de constitucionalização, na primeira acepção, não se deve alargar além do limite razoável a constitucionalização por via interpretativa, sob pena de se embaraçar, pelo excesso de rigidez, o governo da maioria, componente importante do Estado democrático.

De outra parte, é indispensável que juizes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade.

Em meio a múltiplos esforços para coibir as duas disfunções referidas acima, destacam-se dois parâmetros preferenciais a serem seguidos pelos intérpretes em geral:

a) preferência pela lei: onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou o tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais conveniente;

b) preferência pela regra: onde o constituinte ou o legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, que por acaso pudessem postular incidência na matéria.

A Constituição não pode pretender ocupar todo o espaço jurídico em um Estado democrático de direito. Respeitadas as regras constitucionais e dentro das possibilidades de sentido dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu. O reconhecimento de que juizes e tribunais podem atuar criativamente em determinadas situações não lhes dá

autorização para se sobreporem ao legislador, a menos que este tenha incorrido em inconstitucionalidade. Vale dizer: havendo lei válida a respeito, é ela que deve prevalecer[117]. A preferência da lei concretiza os princípios da separação de Poderes[118], da segurança jurídica[119] e da isonomia[120].

Regras têm preferência sobre princípios[111], desde que tenham igual hierarquia e não tenha sido possível solucionar a colisão entre eles

pelos mecanismos tradicionais de interpretação. Duas observações dogmáticas: princípios têm uma área nuclear que se aplica como regra; regras, como padrão geral, não devem ser ponderadas[122]. Quando o constituinte ou o legislador atuam por

117 Veja-se um bom exemplo. A Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105, de 24.3.2005), em seu art. 5-, admitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias. Em meio a diversas restrições e exigências, condicionou a realização das pesquisas, em cada caso, à autorização dos genitores. Significa dizer que, em matéria em relação à qual vigora um desacordo moral razoável, assegurou a autonomia da vontade de cada casal, para decidir conforme sua consciência. O Procurador-Geral da República ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra o dispositivo. O pedido não merece acolhimento. O Poder Legislativo, por votação expressiva, tomou posição na matéria. O tema não se situa dentro dos consensos mínimos protegidos pela Constituição, devendo prevalecer a deliberação realizada no âmbito do processo político majoritário. A matéria é tratada na ADIn 3.510, Rei. Min. Carlos Ayres Britto.

118 A função de criar normas jurídicas, instituindo direitos e obrigações, foi atribuída pela Constituição, predominante e preferencialmente, ao Poder Legislativo. Ainda que, presentes determinados pressupostos, possam os outros Poderes exercer competências normativas ou criadoras do Direito em concreto, devem eles ceder à deliberação legislativa válida. Nesse passo, a avaliação da validade não pode tornar-se uma forma velada de o magistrado substituir as escolhas políticas do legislador pelas suas próprias. Não cabe ao Judiciário declarar a inva- lidade de norma que lhe pareça a melhor ou a mais conveniente. A declaração de inconstitucionalidade deve ser sempre a última opção, preservando-se o ato que seja passível de compati- bilização com a ordem constitucional, ainda quando pareça, ao juiz, equivocado do ponto de vista político. Isso é o que decorre do princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, escorado na separação dos Poderes. O tema foi tratado supra.

119 A lei, com seu comando geral, abstrato e obrigatório, assegura previsibilidade às condutas e estabilidade às relações jurídicas. A segurança jurídica ficaria afetada se determinada matéria, em lugar de ser regida por norma única, ficasse sujeita às decisões particulares do Poder Judiciário.

120 O caráter geral e abstrato da lei assegura que todos que se encontrem na situação descrita pela norma recebam a mesma disciplina. Se o Judiciário pudesse criar, de maneira ilimitada, via processos judiciais, obrigações específicas com fundamento em princípios constitucionais vagos, haveria uma multiplicidade de regimes jurídicos para pessoas que se encontram em igualdade de condições.

121 V. o desenvolvimento analítico desse parâmetro em Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005,

p. 165 e s.

122 Em sentido diverso, v. Humberto Ávila, Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos), 2003, p. 45-46. Nosso ponto de vista coincide com a formulação proposta por Ana Paula de Barcellos, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, 2005, p. 220 e s„ para quem a colisão de regras envolverá sempre uma situação de ruptura do sistema. Ainda

meio de uma regra, que expressa um mandado definitivo e não uma ordem de otimização, fazem uma escolha que deve ser respeitada pelo intérprete. A não realização dos efeitos de uma regra significa, de ordinário, sua violação. Ao prover acerca de um tema por meio de regra, o constituinte-legislador ou excepcionou deliberadamente um princípio ou optou por prestigiar a segurança jurídica em detrimento da flexibilidade, minimizando a intervenção do intérprete judicial.

assim, propõe ela a utilização de três parâmetros para lidar com essa situação e com o problema das regras injustas, que não deverão ser aplicadas ao caso específico: (i) a interpretação conforme a equidade das regras; (ii) a caracterização da imprevisão legislativa; e (iii) a inconstitucionalidade da norma produzida pela incidência da regra na hipótese concreta.

CONCLUSÃO

I SÍNTESE SUMÁRIA DE ALGUMAS IDÉIAS

PARTE I TEORIA DA CONSTITUIÇÃO: OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS E A EVOLUÇÃO DAS IDÉIAS

1 CONSTITUCIONALISMO

Constitucionalismo significa Estado de direito, poder limitado, respeito aos direitos fundamentais. Sua trajetória longa e acidentada tem como marco inicial simbólico a experiência de Atenas, nos séculos V e VI a.C., seguida pela República de Roma. Com a formação do império Romano, às vésperas do início da era cristã, o constitucionalismo desapareceu do mundo ocidental por mais de mil anos. Ao final da Idade Média surge o Estado moderno, de feição absolutista, fundado na idéia de soberania do monarca, investido por direito divino. As revoluções liberais do século XVII e XVIII abriram caminho para o Estado liberal e para o surgimento do constitucionalismo moderno, com destaque para as experiências inglesa, americana e francesa. No século XX, ressurgindo da tragédia do nazismo e da guerra, a Alemanha desenvolveu um modelo constitucional de sucesso.

2 DIREITO CONSTITUCIONAL

Ao contrário do direito civil, que dá continuidade a uma tradição milenar iniciada com o direito romano, o direito constitucional é de formação mais recente, contando com pouco mais de dois séculos de elaboração teórica. Trata-se de ramo do direito público, e não do direito privado, distinção que ainda conserva utilidade, apesar dos múltiplos temperamentos. De fato, no regime jurídico de direito privado predominam princípios como livre- -iniciativa e autonomia da vontade, ao passo que no regime de direito público são conceitos essenciais a soberania estatal e o

princípio da legalidade. Ao longo do século passado, verificou-se significativa expansão do público sobre o privado, com maior intervencionismo do Estado, dirigismo contratual e publicização do Direito. Esse processo passou a ser objeto de profundo questionamento ideológico na virada do século XX para o XXI. Uma crônica disfunção institucional brasileira é a má divisão entre espaço público e espaço privado.

3 CONSTITUIÇÃO

A Constituição é a norma fundamental e superior, que cria ou refunda o Estado, organizando o exercício do poder político, definindo

direitos fundamentais e indicando valores e fins públicos relevantes. As concepções sociológica e estritamente jurídica convergiram para formar a idéia de Constituição normativa, que procura conformar a realidade fática e, ao mesmo tempo, é influenciada por ela, em síntese dialética. Nas democracias contemporâneas, as Constituições desempenham duas funções principais: a) a de veicular os consensos mínimos e essenciais da sociedade, que se expressam nos valores, instituições e direitos fundamentais; e b) assegurar o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos, com a participação livre e igualitária dos cidadãos, o governo da maioria e a alternância do poder.

4 PODER CONSTITUINTE

O poder constituinte é o poder de elaborar e impor a vigência de uma Constituição. Trata-se de um fato essencialmente político, não subordinado à ordem jurídica preexistente, mas limitado pelos valores civiliza- tórios, pela idéia de Direito que traz em si e pela realidade fática. Historicamente, o poder constituinte colheu sua justificação em fatores diversos - a força bruta, o direito divino, o poder dos monarcas, a nação -, até que a teoria democrática viesse a situá-lo na soberania popular. Alguns cenários políticos nos quais, ao longo do tempo, se manifestou o poder constituinte foram a revolu- . ção, a criação de um novo Estado, a derrota na guerra e a transição política pacífica. O poder constituinte, como é corrente, está fora e acima do poder constituído, que é por ele instituído e limitado. Um fundamento de legitimação para essa superioridade tem sido buscado na idéia de autovinculação, pela qual o próprio povo restringe seu poder, resguardando o processo democrático do autoritarismo eventual das maiorias políticas. Outro fundamento está no conceito de momentos constitucionais: a vontade constituinte é manifestada em situações cívicas especiais de ampla mobilização popular e, por isso, deve prevalecer sobre a política ordinária.

5 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A modificação da Constituição pode-se dar por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional. Já a mutação constitucional consiste em um processo informal de alteração do significado de determinada norma da Constituição, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Obra de um assim chamado poder constituinte difuso, a mutação constitucional se realiza por meio da interpretação - isto é, pela mudança do sentido da

norma, em contraste com entendimento preexistente - ou por intermédio dos costumes e práticas socialmente aceitos. Funcionam como limite, na matéria, as possibilidades semânticas do relato da norma e a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade à Constituição.

6 PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

O poder de reforma constitucional, freqüentemente referido como poder constituinte derivado, expressa a competência, normalmente atribuída ao parlamento, de modificar o texto da Constituição em vigor. Trata-se de um poder de direito, regido pela própria Constituição e sujeito a limitações que, no Brasil, sob o regime constitucional de 1988, têm natureza circunstancial, formal e material. Como conseqüência desse caráter juridicamente vinculado, as emendas constitucionais sujeitam-se ao controle de constitucionalidade, existindo diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre o ponto. A instituição de um procedimento específico e mais complexo para modificar a Constituição, com quorum qualificado, dá a ela sua característica de rigidez. Já os limites materiais ao poder de reforma têm por finalidade retirar do poder de disposição das maiorias parlamentares elementos tidos como pressupostos ou condições indispensáveis ao funcionamento do Estado constitucional democrático.

7 NORMAS CONSTITUCIONAIS

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição às normas constitucionais do status de norma jurídica, dotadas de imperatividade e garantia. Nada obstante, as normas constitucionais revestem-se de características particulares, que incluem a superioridade hierárquica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e a dimensão política. Do ponto de vista material, é possível classificar as normas constitucionais em (a) normas de organização, (b) normas definidoras de direitos e (c) normas programáticas. A moderna dogmática jurídica tem procurado estabelecer uma distinção entre enunciado normativo e norma, considerando o primeiro o mero relato abstrato, o texto por interpretar, enquanto a norma propriamente dita seria o produto da interpretação, a regra concreta formulada a partir da interação entre texto e realidade.

PARTE II O NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: MUDANÇAS DE PARADIGMAS E A CONSTRUÇÃO DO MODELO CONTEMPORÂNEO

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E FILOSÓFICOS DO NOVO DIREITO CONSTITUCIONAL

A teoria jurídica tradicional, que dominou boa parte do século XX, cultivou o formalismo, o fetiche da lei e a crença na neutralidade do Direito. No outro extremo, a teoria crítica do Direito, de inspiração

marxista, enfatizava o caráter ideológico da ordem jurídica e seu papel le- gitimador da dominação de classe, ocultada por um discurso falsamente imparcial. A despeito de não haver construído um modelo jurídico alternativo, a teoria crítica teve influência decisiva no surgimento de uma cultura jurídica menos dogmática, mais interdisciplinar e sem os

mesmos compromissos com o status quo. Ao longo da segunda metade do século XX, desenvolveu-se na filosofia do Direito uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista. Trata-se do pós-positivismo, designação provisória dada a um conjunto difuso de idéias que têm como elementos caracterizadores, em meio a outros, a reaproximação entre o Direito e a ética, a normatividade dos princípios, a centralidade dos direitos fundamentais e a reabilitação da argumentação jurídica.

2 TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

O Estado constitucional de direito sucedeu ao Estado legislativo de direito, após a Segunda Guerra Mundial. Sua característica essencial é a centralidade da Constituição, que, além de reger o processo de produção das leis, impõe limites ao seu conteúdo e institui deveres de atuação para o Estado. A construção do modelo contemporâneo tem como marco histórico inicial, na Europa, a reconstitucionalização da Alemanha e da Itália, ao final da década de 40 e, no Brasil, a redemocratização que se operou sob a Constituição de 1988. O marco filosófico do novo direito constitucional foi o desenvolvimento de uma cultura jurídica pós-positivista, principialista, em cujo âmbito se destacam princípios como a dignidade da pessoa humana e a razoabilidade. Por fim, três mudanças de paradigma assinalam o marco teórico contemporâneo: a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de novos horizontes na interpretação constitucional.

3 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica e consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos lastreados na Constituição. Trata-se de um processo que se desenvolve em planos de análise distintos, embora conectados. O plano jurídico ou dogmático compreende as categorias operacionais do Direito e da interpretação jurídica. O plano teórico ou metodológico envolve a construção racional da decisão, o itinerário lógico percorrido entre a apresentação do problema e a formulação da solução. O plano da justificação política abrange questões como a separação de Poderes, os limites funcionais

de cada um e a legitimidade democrática das decisões judiciais. A interpretação constitucional inclui atividades de construção e concretização e incide tanto sobre os casos fáceis, solucionáveis pelos critérios tradicionais, como sobre os casos difíceis, cujo equacionamento precisa colher elementos na filosofia moral e na filosofia política.

4 NOVOS PARADIGMAS E CATEGORIAS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O método tradicional de interpretação jurídica - o subsuntivo, fundado na aplicação de regras - continua válido para a solução de boa quantidade de problemas, mas não é suficiente para o equacionamento de inúmeras situações envolvidas na interpretação constitucional. No Direito

contemporâneo, mudou o papel do sistema normativo, do problema a ser resolvido e do intérprete. Para acudir às novas demandas, decorrentes da maior complexidade da vida moderna, foram identificadas, desenvolvidas ou aprofundadas categorias específicas, voltadas sobretudo para a interpretação constitucional, que incluem: os conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, a colisão de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação. Nesse ambiente, nem sempre será possível falar em resposta correta para os problemas jurídicos, mas sim em soluções argumentativamente racionais e plausíveis. A legitimidade da decisão virá de sua capacidade de convencer e conquistar adesão, mediante demonstração lógica de ser a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional in concreto.

5 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A idéia de constitucionalização do Direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. A Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com sua ordem, unidade e harmonia -, mas também um modo de olhar e interpretar os demais ramos do Direito. A constitucionalização do Direito se realiza, sobretudo, pela interpretação conforme a Constituição, nas suas múltiplas expressões. No âmbito do direito civil, a constitucionalização teve como uma de suas conseqüências a elevação dos valores existenciais, em detrimento dos elementos puramente patrimoniais. No domínio do direito administrativo, trouxe a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais, relacionados (a) à idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, (b) à substituição da noção de legalidade pela de juridicidade e (c) à possibilidade de controle do mérito do ato administrativo.

II ENCERRAMENTO

"A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar."

Eduardo Galeano

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. Nele se condensam algumas das grandes promessas da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça material, solidariedade, tolerância e - quem sabe? - até felicidade. O ideal constitucional e a doutrina democrática forneceram a energia e a inspiração que ajudaram a reconstruir países devastados pelo nazismo e pelo fascismo, a superar projetos socialistas autoritários e a derrotar as ditaduras civis na Europa e militares na América Latina e na África. No Brasil, o florescimento de um sentimento constitucional proporcionou-nos o mais longo período de estabilidade institucional desde a Independência, vencendo um passado de golpismo e de quebras da legalidade.

O mundo ocidental vive uma era pós-tudo: pós-Marx, pós-Freud, pós-Kelsen. Já não existem ideologias abrangentes e redentoras ã disposição. A revolução não veio. Não vivemos em um mundo sem países, sem miséria, sem violência. A desigualdade abissal, no plano doméstico e no plano internacional, segue sendo um estigma para o processo civilizatório e para a condição humana. Não foi possível criar - ainda - um tempo de fraternidade e de delicadeza. Nesse ambiente, o constitucionalismo democrático é a utopia que nos restou. Uma fé racional que ajuda a acreditar no bem e na justiça, mesmo quando não estejam ao alcance dos olhos.