



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

LEIVAS HENRIQUE DE LUCENA AQUINO

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO E A MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL: OS EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL EM VIA INCIDENTAL**

SOUSA - PB
2019

LEIVAS HENRIQUE DE LUCENA AQUINO

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO E A MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL: OS EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL EM VIA INCIDENTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Esp. Alexandre da Silva Oliveira

SOUSA-PB
2019

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA NA FONTE
Biblioteca Setorial de Sousa UFCG/CCJS
Bibliotecária – Documentalista: MARLY FELIX DA SILVA – CRB 15/855

A657a Aquino, Leivas Henrique de Lucena.
A abstrativização do controle difuso e a manutenção constitucional: os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal em via incidental / Leivas Henrique de Lucena Aquino. - Sousa: [s.n], 2019.

65 fl..

Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - CCJS/UFCG, 2019.

Orientador: Prof. Esp. Alexandre da Silva Oliveira.

1. Controle de Constitucionalidade. 2. Abstrativização. 3. Mutação Constitucional. I. Título.

LEIVAS HENRIQUE DE LUCENA AQUINO

**A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO E A MUTAÇÃO
CONSTITUCIONAL: OS EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL EM VIA INCIDENTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Data da aprovação: 27/11/2019

Banca Examinadora:

Prof. Esp. Alexandre da Silva Oliveira
Orientador - CCJS/UFCG

Prof. Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira
Examinador (a)

Prof. Esp. Epifânio Vieira Damasceno
Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, professor Tomaz e Francisca Andrade, e minha irmã, Sabrina Késsia, por todo carinho, cuidado e atenção em mim investidos, e por ensinar o valor das pequenas coisas, ensinamento que carregarei por toda minha vida.

Aos amigos Esdras Hanes e Felipe Bispo, verdadeiros pilares de apoio. Com vocês sinto-me vivo e próximo da realidade. Sou eternamente grato por todos os conselhos e momentos compartilhados, especialmente os felizes. E que esses multipliquemos.

Aos amigos Vitória Dias, Mateus Antunes, John Lennon, Miriã Oliveira, Vinicius Nito, Monnysy Brito, Marina Silva e Fernanda Porpínio, pessoas que a graduação me aproximou, e que nem a maior das distancias me afastará.

A Clara Moniegge e Maria Irismar, por encher de luz e vivacidade a minha vida. Com vocês aprendi o verdadeiro significado de se estar junto, de se fazer presente, cuidando e compartilhando o ônus da existência.

Aos meus avós paternos e maternos, professores da vida, cuidando e guiando meus caminhos. Sem vocês nunca teria me tornado a pessoa que sou hoje.

A minhas tias Fátima Lucena, Maria do Socorro Lucena e a minha madrinha Graça. Se o amor de mãe é uma das maiores dádivas do ser humano, sem dúvidas fui triplamente agraciado. Essa conquista também é de vocês.

Ao meu tio Adriano Aquino e sua esposa Ana Célia, por toda a confiança, cuidado e dedicação em mim investidos. Muito mais que exemplos de humildade, vocês são fontes de energia que me motivam a sempre buscar ser alguém melhor. Com vocês aprendi o valor do trabalho, do empenho, do cuidado por aqueles que nos estão próximos e, sobretudo, da amizade.

Ao meu orientador, professor Alexandre da Silva Oliveira, por todo o tempo e conhecimento investido em meu auxílio. Sua orientação me foi fundamental, bem como seu foco, humildade e serenidade deram ânimo para a realização desta pesquisa.

E a mim mesmo, por ter conseguido finalizar o curso mesmo diante de tantas dificuldades. Inobstante os conhecimentos técnicos adquiridos, sempre levarei comigo os ensinamentos e vivencias percebidas ao longo da graduação.

RESUMO

Tendo em vista o congestionamento de demandas levadas ao Supremo Tribunal Federal, sua função de intérprete da norma constitucional e a inafastabilidade do controle judicial, a Suprema Corte vem atuando como verdadeiro ativista, modificando a legislação através de mecanismos derivados da hermenêutica constitucional, aproximando-se cada vez mais aos fundamentos do *common law*, objetivando proporcionar mais efetividade à aplicação do direito frente à evolução dos paradigmas sociais e as demandas que desses derivam. Tal aproximação pode ser visualizada nos posicionamentos tomados pela corte quanto à adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes, e a atribuição de efeito vinculante à decisão incidental da corte que declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sendo mister o estudo dos temas e fenômenos que fundamentam, condicionam e modelam as mudanças de posicionamentos do STF. Nesse sentido, pesquisa-se sobre a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade à luz do informativo 886 do STF, com o intuito de observar suas implicações no ordenamento. Para tanto, é necessário entender as nuances que distinguem o estudo da Constituição das demais áreas do direito, compreender a hermenêutica constitucional e analisar a mutação constitucional do inciso X do artigo 52 da carta magna. Realiza-se, então, uma pesquisa bibliográfica e documental, com o método de abordagem hipotético e dedutivo, dispendo de análise histórico-evolutiva dos temas expostos. Diante disso, observa-se que a Constituição é a semente da qual nascerá todos os demais ramos do direito, gozando de verdadeira supremacia perante o ordenamento, bem como analisa a origem do controle de constitucionalidade e sua aplicação no sistema jurídico brasileiro. Verifica-se os diferentes aspectos e postulados da hermenêutica constitucional, bem como os princípios e limites para sua aplicação, perpassando pelo fenômeno da mutação constitucional e finaliza observando os liames do controle difuso de constitucionalidade à luz da Constituição de 1988, a teoria da abstrativização e a aplicação dessa acerca da mutação constitucional aplicada ao inciso X do artigo 52 da carta magna, o que impõe a constatação de que a referida mutação é inconstitucional por violar o princípio da justiça, a separação dos poderes e a ordem constitucional.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade, abstrativização, mutação constitucional.

ABSTRACT

In view of or congestion of demands brought to the Supreme Court, its role as interpreter of constitutional rule and inability of judicial control, a Supreme Court has been acting as activist, modifying the legislation using derivatives mechanisms from the constitutional hermeneutics, getting closer and closer to the foundations of *common law*, aiming to apply more effectiveness to the application of law in against the evolution of social paradigms and as demands of these derivatives. Such approach can be visualized in the positions taken by the court regarding the adoption of the theory of transcendence of the determining motives, and the effect linked to the incidental decision of the court that declares unconstitutionality of the law or normative act, being it the study of the themes and cases that underlie it, condition and model as STF positioning changes. In this sense, research about the abstraction of the diffuse control of constitutionality in the light of the informative 886 of the Supreme Court, in order to observe its implications in the legal system. Therefore, it is necessary to understand as nuances that distinguish the study of the Constitution from the other areas of law, to understand constitutional hermeneutics and to analyze a constitutional change of item X of article 52 of the charter. Then, a bibliographic and documentary research will be carried out, using the hypothetical and deductive approach method, available for historical-evolutionary analysis of the exposed themes. Given this, observe whether the Constitution is a seed from which all other branches of law will be born, enjoying true supremacy or ordination, as well as analyzing the origin of constitutionality control and its application in the Brazilian legal system. The different aspects and postulates of constitutional hermeneutics are verified, as well as the principles and limits of application, passing through the phenomenon of constitutional mutation and concluding by observing the diffuse control of constitutionality in the light of the 1988 Constitution, a theory of abstraction and application, which deals with the constitutional change applied to incident X of Article 52 of the constitution, or imposes a finding that the change is unconstitutional because it violates either the principle of fairness, a separation of powers and the constitutional order.

Key-words: constitutionality control, abstractionization, constitutional mutation.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. A CONSTITUIÇÃO	12
2.1 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	15
2.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	17
2.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL E O ORDENAMENTO BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988	22
2.4 A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS	25
3. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	28
3.1 PRESSUPOSTOS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	30
3.2 PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	33
3.2.1 PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO.....	35
3.2.2 PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU DA HARMONIZAÇÃO	35
3.2.3 PRINCÍPIO DA CORREÇÃO FUNCIONAL	37
3.2.4 PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO	38
3.2.5 PRINCÍPIO DA EFICÁCIA INTEGRADORA.....	39
3.3 O FENOMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL	39
4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	42
4.1 CLAUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO – ARTIGO 97 DA CF 88	46
4.2 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES POR MONTESQUIEU À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	48
4.3 OS EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM VIA INCIDENTAL.....	50
4.4 A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PELO SENADO FEDERAL DE LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF EM VIA INCIDENTAL.....	52

4.5 A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO INCISO X DO ARTIGO 52 DA CF/88.....	54
4.6 O INFORMATIVO N. 886 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	57
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS	63

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é formalmente constituída pelas espécies normativas regras e princípios, componentes do gênero norma constitucional. Nessa senda, a constituição pode ser representada como o marco inicial para a construção de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Sem embargo, o conceito material da Constituição compreende a norma constitucional como o cerne da organização do estado brasileiro, vez que institui os três poderes, reveste-os de competências para atuarem e limitam seu campo de atuação, para que trabalhem em prol da sociedade, respeitando os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

A compreensão dos aspectos formais e materiais é imprescindível para a percepção da Supremacia da carta magna na sistemática do ordenamento. Por ser o diploma inaugural do Estado, e por sua essência escrita, derivada da tradição Europeia do *Civil Law*, a Constituição é caráter vinculante de toda a atuação estatal.

Para que todo sistema funcione de modo saudável, é preciso certificar-se que esse esteja em perfeito funcionamento e protegido de ameaças que a maculem sua essência. Com o sistema jurídico não se é diferente: Por ser o diploma inaugural do ordenamento jurídico brasileiro, a carta magna funciona como verdadeiro parâmetro de legitimidade da atuação estatal.

Devido à natureza escrita das normas e diante da incapacidade de abranger todos as nuances do direito, a carta magna uniformiza e delega a atividade interpretativa à órgãos do Estado, para que esses atuem como os zeladores da Supremacia Constitucional observando parâmetros instituídos pelo legislador constituinte, conferindo a esses o ônus de uniformizar nos parâmetros constitucionais o ordenamento jurídico brasileiro.

Os supracitados mecanismos compõem o sistema de controle de Constitucionalidade das leis e atos normativos, que na sistemática jurídica brasileira é realizado tomando como base dois modelos: o difuso e o concentrado.

O poder reformador institui mecanismos de reforma do corpo normativo, permitindo assim que o diploma acompanhe as mudanças do paradigma sociais da modernidade. Contudo, a reforma do texto constitucional segue um processo rígido e

complexo, características que derivam da supremacia e rigidez da carta magna, institutos que conferem segurança jurídica à ordem constitucional.

Inobstante os mecanismos do poder reformador, a ciência da hermenêutica constitucional proporciona um sistema de alteração da interpretação da norma constitucional mediante o fenômeno da mutação, que para ser legítimo demanda a observância dos pressupostos, princípios e métodos integrativos sedimentados na doutrina.

Compreende-se a hermenêutica constitucional como a ciência que estuda os fatores, regras, diretrizes, princípios e postulados que condicionam a atividade interpretativa. Haja vista a constituição formal da norma, independentemente da eficácia plena, contida ou limitada, a interpretação é inerente a aplicação do direito a vida real.

A atividade interpretativa é desenvolvida por qualquer pessoa que busque entender a compreensão do texto, independentemente de concessão de cargo ou competência. Da simples leitura qualquer ser humano executa a atividade interpretativa.

A interpretação constitucional funciona como verdadeiro quadro expositivo do caminho subjetivo trilhado nas reflexões do jurista, caminho formado por diversos fatores que resultam na positividade da norma. Busca-se avaliar o contexto histórico, fatores sociais, econômicos, e a vontade do legislador ao positivar o dispositivo em foco. É a condição interpretativa que confere vida a constituição, transferido seus efeitos no mundo concreto. É atividade inerente e primordial a aplicação do direito. Verdadeiro fator condicional proporcionador da segurança jurídica.

Independentemente da interpretação constitucional poder ser realizada por intermédio de qualquer pessoa que se proponha ao feito, a Constituição de 1988 transmite para órgãos dos poderes legislativos e judiciário a atribuição de uniformizar o ordenamento brasileiro, conferindo legitimidade para que executem o controle de constitucionalidade.

Nessa senda, o legislador constituinte partilhou entre os órgãos do estado a competência para executarem o controle judicial de constitucionalidade, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a função de guardar a Constituição, processando e julgando ações propostas em via abstrata e julgando incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no bojo de um caso concreto. Cabe

também à supracitada corte zelar pela saúde do ordenamento jurídico, uniformizando os entendimentos e teses de todos os graus de jurisdição.

Com base em tais premissas, o Supremo Tribunal Federal protagonizou um emblemático caso de mutação constitucional na interpretação do inciso X do artigo 52 da CF de 1998. Pelo fenômeno expandiu-se os efeitos das decisões da suprema Corte prolatadas em via incidental.

A decisão gerou fervorosos debates no âmbito doutrinário, especialmente quanto a legitimidade da mutação frente a possibilidade do Supremo Tribunal Federal estar extrapassando suas competências e procedendo com interpretações em desconformidade com a hermenêutica constitucional.

Pretende-se com o presente estudo analisar, como objetivo geral, as implicações da mutação constitucional percebida no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal de 1988.

Adota-se como objetivos específicos: a) entender as nuances que distinguem o estudo da constituição das demais áreas do direito; b) compreender a hermenêutica constitucional; e c) analisar a constitucionalidade da mutação constitucional do inciso X do artigo 52 à luz do informativo nº 886 do STF.

Como cerne da pesquisa, buscou-se compreender o instituto da mutação constitucional e sua aplicação quanto à alteração do entendimento do artigo 52, inciso X da Constituição de 1988, entendimento firmado por maioria absoluta do plenário da suprema Corte, da qual restou expandidos os efeitos da decisão incidental de inconstitucionalidade proferidos pela maior instância do poder Judiciário.

A presente pesquisa adota como hipótese a inconstitucionalidade do inciso X do artigo 52 da CF, por entender lesionar a clausula pétrea referente a separação de poderes, bem como lesiona o princípio hermenêutico da justeza.

Se utilizará como método de abordagem o hipotético-dedutivo, tendo em vista que as hipóteses apontadas serão confirmadas ou falseadas ao longo da pesquisa. Como método de procedimento se utilizará do histórico evolutivo e comparativo, tendo em vista que se amparará no avanço histórico do constitucionalismo, do controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro e na jurisprudência do STF quanto à expansão dos efeitos em via incidental para adequar sua hipótese, bem como fará a correlação entre os fenômenos sociais para trazer um diagnóstico da problemática. Como técnica de pesquisa será usada a bibliográfica e documental, a partir de pesquisas científicas já feitas na temática, bem como o amparo a legislação.

Para tanto, no primeiro capítulo analiso as raízes da Constituição e do controle de constitucionalidade como teoria decorrente do movimento constitucionalista, vislumbrando o contexto histórico que proporcionou o surgimento do movimento. Em seguida, observo a aplicação da norma constitucional, assim como os contornos e características do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, finalizando o segundo capítulo firmando entendimentos quanto à teoria da inconstitucionalidade.

Na sequência, o segundo capítulo busca compreender os fundamentos basilares da Hermenêutica Constitucional, bem como as características que a diferenciam da hermenêutica infraconstitucional. Nessa senda, foram observados postulados, princípios e diretrizes gerais amplamente firmados na doutrina majoritária como condição para a atividade do intérprete.

O terceiro capítulo busca analisar os fundamentos do controle difuso, sua aplicação no ordenamento brasileiro e suas características que desse surgem, assim como os fundamentos da decisão e seus aspectos. Conclui-se a pesquisa tratando da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e o entendimento do STF quanto à mutação da interpretação do artigo 52, inciso X da magna carta de 88.

2. A CONSTITUIÇÃO

Pelo aspecto doutrinário, o Direito Constitucional pode ser compreendido como ramo interno do direito público. É, por essência, o diploma do qual se derivam todos os outros ramos do direito, funcionando como fundamento de validade de todas as outras normas vigentes (NOVELINO, 2015).

Marcelo Novelino, com fulcro nos escritos de Hesse, entende que “O direito constitucional se diferencia não apenas por seu objeto e tarefas, mas também por peculiaridades, como o seu grau hierárquico, a classe de suas normas, as condições de sua validade e a capacidade para se impor perante a realidade social” (NOVELINO, 2015, p.35 apud HESSE, 2001a).

A constituição, em síntese, restringe e condiciona as ações do estado, limitando o exercício e os meios pelos quais se adquire poder, com fulcro na democracia, imputando, inclusive, diretrizes e programas que o estado deverá executar. Flavio Martins, entende que o direito constitucional “investiga e sistematiza as instituições fundamentais do Estado, bem como estabelece a origem, a forma, o desenvolvimento e os limites da aquisição e do exercício do poder, tendo como elemento central a Constituição” (MARTINS, 2019, p.173).

Buscando a essência da palavra Constituição, de grande adição são os escritos do supracitado autor, onde leciona sobre sua origem e as interpretações da palavra pela língua portuguesa (MARTINS, 2019, p. 192):

A palavra “Constituição” tem origem no verbo latino *constituere*, que significa constituir, estabelecer, firmar, formar, organizar, delimitar. Na língua portuguesa, a palavra “Constituição” tem sentido plurívoco, podendo significar ato de constituir, organização, estabelecimento, modo de ser, ato de estabelecer ou fixar etc.

Veja que da constituição se deriva todo o ordenamento jurídico, é natural que a norma constitucional seja dotada de caráter supremo e vinculante, e vez que tutela a formação do ordenamento, dispõe sobre o judiciário, condiciona o legislativo e vincula as ações do executivo, agindo como pressuposto de legitimidade. “[...] é um pressuposto da função desempenhada pela constituição como ordem jurídica fundamental da comunidade, cujas normas vinculam todos os poderes, inclusive o Legislativo” (NOVELINO, 2015, p.35).

Agregando ao conceito de Direito Constitucional, Afonso Arinos de Melo Franco leciona que “Nos Estados democráticos, Direito Constitucional positivo é o conjunto de leis, regras, convenções e costumes que regulam a forma do Estado, o regime de governo e os direitos públicos individuais, bem como as suas garantias” (FRANCO, 2019, p.35).

Nesse sentido escreve o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2004, p.22):

O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. A quebra dessa harmonia deverá deflagrar mecanismos de correção destinados a restabelecê-la. [...] Caracterizado o contraste, o sistema provê um conjunto de medidas que visam a sua superação, restaurando a unidade ameaçada. A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia.

A constituição é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico brasileiro. A divisão de poderes, o legislativo, o executivo, o judiciário, suas competências, milimetricamente distribuídas pelo legislador constitucional. Em suma, o texto constitucional é base e ponto de partida para a construção das mais diversas searas do direito. “Há quem o considere como o tronco do qual derivam todos os demais ramos do direito” (Marcelo Novelino, 2015).

Flavio Martins, alerta para o entendimento de que a constituição representa não somente um agrupado de normas que regulam o direito público, mas sim a objetificação de inúmeras interseções entre os mais variados ramos do direito. O autor se embasa nos escritos de Canotilho, e escreve (MARTINS, 2019, p. 173, apud CANOTILHO, Op. Cit., p.19):

O Direito Constitucional, como ciência, é formado por uma inter-relação com outros saberes e ciências, como Sociologia, Política e Filosofia. Em outras palavras, como afirmou Canotilho: “o direito constitucional é um intertexto aberto. Deve muito a experiências constitucionais, nacionais e estrangeiras; no seu ‘espírito’ transporta ideias de filósofos, pensadores e políticos” [...], não sendo “um singular movimento de rotação em torno de si mesmo, mas sim um gesto de translação perante outras galáxias do saber humano.

Nesse sentido, escreve André Ramos Tavares, se embasando nos ensinamentos do notório jurista argentino Segundo V. Linares Quintana, elucida (TAVARES, 2012, p.147, apud QUINTANA, p. 289):

Valeria, aqui, esclarecer a fundamentalidade de certos preceitos recorrendo à ideia de QUINTANA no sentido de identificar uma “alma” constitucional. Para o emérito constitucionalista, “A alma ou espírito da Constituição está conformado pelo complexo, integral e orgânico, dos valores essenciais filosóficos, morais, históricos, sociais, jurídicos, econômicos, etc., assim como dos ideais, finalidades, propósitos e, em geral, condições que inspiram, amimam e fundamentam a totalidade ou parte qualquer do texto do corpo da Constituição, enquanto lei funcional, fundamental e suprema do país

Todos os escritos dos renomados juristas supracitados levam ao entendimento de que a constituição não é um simples agrupamento de normas que regulam a atividade estatal, entendo assim o texto constitucional como a essência de determinado povo, por onde se resguarda valores e costumes de determinada nação.

A constituição democrática é, em suma, um texto vivo, orgânico, fluido e que está em constante atualização, de modo que a constituição deve ser mutável, se adequando a evolução social da nação, suas metas, princípios e valores.

Inobstante os demais conceitos de constituição percebidos ao longo da história, André Ramos Tavares leciona que a ideia de constituição adotada por grande parte dos ordenamentos jurídicos toma por contexto os ideais revolucionários do século XIX, sobretudo a revolução francesa, por meio do qual se buscava a proteção a direitos e garantias individuais do cidadão frente as atrocidades incontroláveis do poder estatal. “Seu conceito está atrelado à ideologia político-liberal, considerando-se essencial: a garantia das liberdades, com a participação política; a divisão dos poderes; a Constituição como documento escrito” (TAVARES, 2012, p. 86)

A revolução francesa resultou, inclusive, no que foi o berço do reconhecimento universal dos direitos fundamentais do homem, por meio da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde se observa, pela redação do artigo 16, o que se pode ser compreendido como uma limitação ao poder do Estado: “Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição” (TAVARES, 2012, p. 87).

Sobre a supremacia e, ajudando a construir uma linha de pensamento sólida quando os aspectos da constituição, escreve Dirley que “a supremacia da Constituição [...] é a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, seja porque assegura o respeito à ordem jurídica, seja porque proporciona a efetivação dos valores sociais” (Dirley da cunha junior, 2017, p.24):

Dirley observa também determinadas características que conferem *status* de superioridade da norma constitucional perante todo o ordenamento, bem como

acentua para o processo legislativo mais rígido quando versar sobre matéria constitucional (Dirley da Cunha Junior, 2017, p.24):

Ademais de uma Constituição formal, é necessário compreendê-la como uma norma jurídica fundamental, rígida e suprema, a fim de que se possa distingui-la das leis comuns. Aliás, a rigidez constitucional decorre exatamente da previsão de um processo especial e agravado, reservado para a alteração das normas constitucionais, significativamente distinto do processo comum e simples, previsto para a elaboração e alteração das leis complementares e ordinárias. Essa diferença de regime, consistente na exigência de um processo especial e demasiadamente complexo para a alteração das normas constitucionais, confere à Constituição o status de norma jurídica fundamental, suprema em relação a todas as outras.

A constituição é a semente inicial do qual nascerá todo o ordenamento jurídico de determinado país. Seguindo a analogia, não se dá para saber com certeza como se posicionará todos os ramos da planta que dela germinar, mas sabe-se, pela genética da semente, qual planta dela nascerá, bem como suas características físicas e os traços genéticos que modelarão sua formação.

E assim funciona o direito: A constituição é a essência do ordenamento jurídico. A semente da qual germinará todos os demais ramos do direito. É, em suma, o âmago de uma nação. A constituição é sobretudo um pacto social, o pacto da democracia. A legitimação da democracia.

No âmbito da flora, uma vez plantada a semente, ficará essa sob o julgamento da natureza: se tudo ocorrer conforme os ditames da biologia, da semente germinará uma árvore forte e robusta. Se algo de estranho ao curso do seu crescimento acontecer, significa o fim daquela existência.

No ordenamento jurídico não se é diferente: a constituição, como o próprio nome sugere, é o conjunto de normas e princípios que orientam a construção de todo o sistema jurídico. E, uma vez que preceitua o modo de ser do ordenamento jurídico, nada mais natural que a aquela seja o crivo de legitimidade desta.

2.1 APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Sendo um diploma inaugural, e em essência, excepcionalmente geral, as normas constitucionais, quando da data da sua promulgação, são dotadas de eficácia plena, contida ou limitada. Tal divisão é de autoria do José Afonso da Silva (MARTINS, 2019).

É mistar salientar que aplicabilidade e vigência das normas constitucionais são conceitos diferentes. José Afonso da Silva, com fulcro nos ensinamentos de Hans Kelsen, escreve que a vigência pertence à ordem do dever-ser. A vigência é o pressuposto de existência da normal, já a aplicabilidade perpassa pelo plano da efetividade das normas, aquilo que de fato se aplica ao caso concreto. Nesse sentido, escreve o supracitado jurista (SILVA, 1998, p.65-66):

Em resumo:

I – *Positividade do Direito* exprime a característica de um Direito que rege, *in concreto*, a conduta humana, mediante normas bilaterais e atributivas, socialmente postas; pode ser histórico, como atual; opõe-se a *direito natural*.
II – *Vigência do Direito*, ou *Direito vigente*, caracteriza o Direito que rege, *aqui e agora*, “*hic et nunc*”, as relações sociais; refere-se ao Direito presente; designa a existência específica de uma norma, opondo-se ao *direito histórico*.
III – *Eficácia do Direito*: toma-se a expressão em dois sentidos. A *eficácia social* designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao “fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos” É o que tecnicamente se chama *efetividade* da norma. *Eficácia* é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vem a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador.

Há de salientar que no âmbito jurídico, a vigência esta ligada a razão de ser de uma norma, sua existência. Já a aplicabilidade perpassa pela efetividade, que observa se a norma, no bojo da realidade, está efetivamente alcançando os objetivos do legislador constitucional.

Passa-se agora a breve esclarecimentos quanto as diversas faces da norma constitucional partindo do estudo da eficácia, tomando como base o modelo proposto por José Afonso da Silva (SILVA, 1998).

Entende-se por plena, aquela norma que da sua promulgação já se encontra apta a realizar todos os seus efeitos, não dependendo de nenhuma ação do estado ou a edição de leis que complementem ou viabilizem sua aplicação. Sua aplicabilidade é imediata, direta e integral. “aquelas que [...] têm possibilidade de produzir, todos os

efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular” (MORAIS, 2017, p.31)

Normas com eficácia contida se assemelham as de eficácia plena, contudo, resta uma diferença: Inobstante serem dotadas de aplicabilidade direta e imediata, normas contidas ofertam uma margem de discricionariedade por parte do legislador infraconstitucional, podendo assim uma norma infraconstitucional restringir sua eficácia (MORAIS, 2017, p.31).

Por último tem-se as normas de eficácia limitada, sendo sua aplicabilidade indireta, mediata e diferida. Tais normas podem ser divididas em instituidoras ou programáticas (MORAIS, 2017).

Pelas normas instituidoras a constituição cria regras gerais quanto o conteúdo normativo de determinado tema, conferindo a lei infraconstitucional o ônus de tutelar as regras que viabilizarão a sua aplicabilidade (MORAIS, 2017).

Já as normas programáticas, como o próprio nome sugere, são normas que preceituam programas a serem executados pelo estado. Em síntese, traçam diretrizes gerais para o poder público, incumbindo à administração a obrigação de viabilizar a aplicação da norma (MORAIS, 2017).

Vale ressaltar que são divisões de âmbito doutrinário, facilitando assim a pesquisa, o estudo e, sobretudo, a compreensão do direito constitucional como um todo, mas deve-se sempre se atentar ao caráter uno e indivisível das normas constitucionais.

O ordenamento jurídico, como todo sistema funcional, demanda mecanismos que agreguem legitimidade a sua praxe ao longo do tempo. Tais mecanismos são nominados por controle de constitucionalidade, tema do próximo tópico deste estudo.

2.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A priori, o direito constitucional surge como formas de limitar o poder discricionário do estado. Notavelmente após as grandes revoluções libertárias do século XIX, sobretudo a americana e a francesa, sustentando ideias democráticas de organização política (NOVELINO, 2015, p. 60 apud COMANDUCCI, 2005; PRIETO SANCHÍS, 2005b).

A Revolução Francesa em especial resultou na primeira declaração universal dos direitos fundamentais do homem, dando início a uma reviravolta ideológica,

subvertendo a conjuntura social vigente naquele lugar, onde o indivíduo se sujeitava ao estado, e não o inverso. Surgem assim os primeiros ideais da democracia constitucionalista (BOBBIO, 2004).

Gilmar Ferreira Mendes e Gustavo Gonet Branco entendem que a constituição escrita é uma herança do estado moderno, conferindo supremacia ao texto normativo, e assim, utilizando-o como crivo de legalidade. É uma inovação observada desde a segunda metade do século XVIII, com a Revolução Francesa e a independência americana (MENDES e GONET, 2015).

Percebe-se então que inobstante as características que conferem singularidade a cada carta magna, todas têm como característica base a "ideia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento" (KELSEN, 1981, p.152).

Tomando como pilar a supremacia da carta magna perante o ordenamento como todo, Mendes e Gonet alertam para o sentido formal e material da constituição.

A constituição em sentido material abarca a ideia de que a "Constituição, no sentido estrito do termo, é formada pelas regras que disciplinam a criação das normas essenciais do Estado, organizam os entes estatais e consagram o procedimento legislativo" (MENDES e GONET, 2015, p. 1041).

Já o sentido formal do texto constitucional trata-se da constituição como documento formal promulgado mediante uma rígida ritualista processual. Percebe-se então o valor da constituição também como critério de controle da legalidade dos atos, fruto da supremacia de que goza (MENDES e GONET, 2015)

Contudo, adverte-se que a divisão entre aspectos formais e materiais é meramente doutrinária, voltada para a construção do entendimento do texto constitucional, porém, é mister salutar o entendimento de que a constituição é uma, e deve-se ser interpretada assim, observando todos os seus aspectos.

Nesse sentido, escrevem Mendes e Gonet (MENDES e GONET, 2015, p. 1042 apud HESSE, 1995, p.11):

Na tentativa de consagrar um conceito que contemple, a um só tempo, o conteúdo material e a realidade normativa da Constituição, define-a Hesse como ordem jurídica fundamental da coletividade (Die Verfassung ist die rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens). Considera que, enquanto ordem jurídica fundamental, a Constituição contém as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação vindoura. Todavia, não se há de confundir a Constituição com uma regulamentação precisa e completa. A Constituição, ensina Hesse, não codifica, mas regula

apenas - frequentemente as linhas essenciais - aquilo que se afigura relevante e carecedor de uma definição.

Entende-se, portanto, que as características formais e materiais são intrínsecos ao efetivo funcionamento do Estado. Duas extremidades proporcionalmente equilibradas entre si e que juntas vinculam a organização, ações, diretrizes e programas estatais. Uma linha tênue que deve ter seus pontos conflitantes operadas pelo intérprete com a finalidade de proporcionar rigidez e flexibilidade ao texto da carta magna, permitindo que esta acompanhe as demandas sociais e se mantenha atualizada.

Sobre a matéria, lecionam Mendes e Gonet (MENDES e GONET, 2015, p. 1042 apud CANOTILHO, 1986, p.84-85):

Consagra Hesse, assim, uma concepção material de Constituição que se esforça por conciliar legitimidade material e abertura constitucional. Limitar-nos-emos aqui a enunciar essa ideia de Constituição como ordem jurídica fundamental, uma vez que ela contém uma perspectiva de legitimidade material e de abertura constitucional, possibilitando compatibilizar o controle de constitucionalidade - que pressupõe uma Constituição rígida - com a dinâmica do processo político-social.

A constituição é a concretização de todo um processo histórico de luta e conquista de direitos. Pelo conteúdo de seu texto é possível entender o passado daquele povo, seus traços e costumes, bem como, a nível de governo, diretrizes e programas para serem executados pelos poderes no plano futuro.

Percebe-se então que a democracia, conquistada mediante indescritível barbárie, é um direito frágil haja vista que pressupõe igualdade entre os indivíduos em um mundo marcado pela desigualdade. Um direito passível de ser corrompido pelos detentores do poder, devendo ser guardado e vigiado por toda a sociedade.

A constituição brasileira de 1988 marcou o início da democracia no país, pondo fim ao regime ditatorial militar instalado em 1964. Sobre tema, pertinente é a passagem de Barroso, no seu livro "O controle de constitucionalidade no direito brasileiro", in verbis (BARROSO, 2015, p.21):

Lembro-me dos dias difíceis de pouco mais de duas décadas atrás, quando a Constituição era um documento menor, submissa aos atos institucionais e aos desmandos da ditadura. Percorremos um longo caminho. Nesse percurso, o direito constitucional passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Um triunfo incontestável, absoluto, que merece ser celebrado. Mas com humildade. Na vida devemos ser janela, e não espelho.

A Constituição deve servir como uma forma de olhar para a vida, e não para si mesmo.

A magna carta de 1988, frente as monstruosidades lesões à democracia do regime ditatorial militar, busca mais do que nunca promover o estado democrático de direito, prescrevendo um complexo sistema de controle de constitucionalidade das leis, usando como base elementos dos sistemas americano e europeu, mas evoluindo e moldando-se as características da praxe brasileira.

Uma carta magna escrita, observada pelo seu aspecto formal, é marcada por sua supremacia perante todo o resto da legislação ordinária. Tal sistema permite que a constituição funcione como parâmetro de legalidade do ordenamento infraconstitucional.

Nesse sentido leciona Barroso (BARROSO, 2015, p. 25):

Duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada, em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo — na verdade, nenhum ato jurídico — poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

Tal supremacia, haja vista a árdua missão da constituição em manter a democracia, permite que um sistema funcione para garantir tal objeto, prezando pela harmonia normativa, limitando a liberdade de atuação dos três poderes, vinculando e condicionando suas ações às diretrizes do texto constitucional. “nesse contexto que avulta a importância do controle de constitucionalidade como um mecanismo de garantia da supremacia das normas constitucionais delineado pelo próprio texto constitucional” (CUNHA, 2017, p. 34)

O controle de constitucionalidade é um importante sistema pelo qual se executa a fiscalização da validade e harmonia das leis e ações do Estado utilizando como parâmetro o texto constitucional. “[...] é uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados” (CUNHA, 2017, p. 34)

Nesse sentido, escreve o supracitado autor (CUNHA, 2017, p. 34):

[...] é indubitavelmente manifesta a necessidade em que se encontra o próprio texto constitucional de organizar um sistema ou processo adequado de sua própria defesa, em face dos atentados que possa sofrer, quer do Poder Legislativo, através das leis em geral, quer do Poder Executivo, através de atos normativos e concretos. Assim, “é justamente a tais sistemas ou processos de defesa, ou guarda das Constituições rígidas, frente a tais ataques, que hoje se denomina ‘controle da constitucionalidade das leis’”

A constituição, ao criar tal sistema, designa em seu texto um hall de órgãos competentes para a execução do controle de constitucionalidade judicial. O sistema é posto em prática quando surge dúvida quanto a compatibilidade de uma norma para com o texto magno. Diante da dúvida, leva-se a tese da incompatibilidade a apreciação dos supracitados órgãos, para que estes a apreciem. Uma vez constatada a incompatibilidade da norma, os órgãos competentes declararão a inconstitucionalidade desta, e, como efeito, sua ineficácia (CUNHA, 2017)

Sendo assim, o controle de constitucionalidade demanda a existência de uma Constituição formal e escrita, de forma que reste positivado em seu texto todo o complexo normativo de princípios e regras, agregando a carta magna caráter fundamental, rígido e supremo (CUNHA, 2017).

A constituição é o corpo normativo supremo. Tão supremo que vincula inclusive o próprio legislador, figura modeladora do direito infraconstitucional. “A supremacia da Constituição se irradia sobre todas as pessoas, públicas ou privadas, submetidas à ordem jurídica nela fundada” (BARROSO, 2015, p. 30).

O supracitado jurista segue lecionando que a constituição é norma fundamental do sistema jurídico, e que uma vez dotada de tal característica, toda alteração, adição ou subtração do sistema deverá estar em harmonia com a norma fundamental. Caso tal harmonia seja ameaçada, a própria constituição deflagra os mecanismos de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2015).

Sendo a norma constitucional que demarca e confere competências aos poderes públicos, nada mais natural que o agir destes estejam vinculados as limitações previstas em seu corpo (NOVELINO, 2016).

Controlar a constitucionalidade significa preservar a harmonia normativa, de forma que reste respeitado o princípio da supremacia da constituição, garantindo os direitos e garantias fundamentais. Controlar a constitucionalidade significa preservar a tão frágil democracia.

O controle de constitucionalidade pode ser executado de várias formas, e em diferentes momentos. Com objetivo de facilitar a compreensão e o estudo Novelino

observa o controle de diferentes focos: a) O momento do exercício, podendo ser preventivo ou repressivo; b) Quanto à natureza do órgão, sendo o controle político, judicial ou misto; c) quanto à finalidade, nas espécies controle concreto e controle abstrato; d) quanto o tipo de pretensão em juízo; e e) quanto à competência.

Controlar a constitucionalidade significa preservar a harmonia normativa, de forma que reste respeitado o princípio da supremacia da constituição, garantindo os direitos e garantias fundamentais. Controlar a constitucionalidade significa preservar o tal frágil democracia.

No próximo tópico passa-se a análise do controle judicial de constitucionalidade no das leis no ordenamento jurídico brasileiro, partindo da Constituição Federal de 1988 como norma fundamental.

2.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL E O ORDENAMENTO BRASILEIRO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

O controle de Constitucionalidade, como abordado com a devida minúcia em capítulo específico, pode ser analisado de diferentes polos de vista, forma, tempo e características da execução.

A Carta Magna de 1988 manteve um híbrido sistema de controle de constitucionalidade judicial, adotando elementos dos modelos americano e europeu, 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)” (BARROSO, 2016, p.62).

Alexandre de Moraes entende que o Direito Constitucional Brasileiro adotou o sistema de controle judicial repressivo de constitucionalidade. Nesse sistema, a função de observar a harmonia de um ato normativo ou de uma lei com o texto constitucional recai sobre o Poder Judiciário (MORAIS, 2017).

Observada a divisão de competências prescritas pelo texto magno, caso verificada a incompatibilidade de ato ou lei já editada com a constituição, deve os órgãos do Poder Judiciário decretarem a sua inconstitucionalidade, afastando-as do ordenamento jurídico (MORAIS, 2017).

É mister salutar que muito embora seja adotado o controle repressivo seja, por regra, realizado judicialmente pelos órgãos competentes do Judiciário, a constituição

de 1988 previu hipóteses em que o controle repressivo fica a cargo do legislativo: nas hipóteses o legislativo é competente para retirar do ordenamento normas dotadas de vigência e eficácia, caso seja detectado a inconstitucionalidade (MORAIS, 2017).

Barroso leciona que a constituição de 1988 manteve elementos do controle difuso de constitucionalidade, realizado em via incidental, derivado do sistema americano, e soma, por intermédio da Emenda Constitucional de número 16/65, elementos do controle abstrato de constitucionalidade, realizado em ação própria, derivado do sistema Europeu (BARROSO, 2016).

A temática do controle difuso de constitucionalidade será abordada pormenorizadamente em capítulo específico, ressaltando a esse tópico apenas noções introdutórias, necessárias a assimilação do conteúdo abordado. A seguir, breves conceitos quanto as formas difusa e abstrata do controle de constitucionalidade.

Sobre o a forma abstrata de controle de Constitucionalidade judicial, leciona Alexandre Morais (MORAIS, 2017, P.531):

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais. A declaração da inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, da mesma forma que ocorre nas Cortes Constitucionais europeias, diferentemente do ocorrido no controle difuso, característica básica do judicial review do sistema norte-americano.

O Controle abstrato de Constitucionalidade é a forma de controle executada em via principal. É decorrente do sistema europeu de controle e tem como objetivo não uma pretensão de um caso concreto, mas discutir a validade de uma lei ou ato normativo perante a harmonia e a supremacia constitucional. Contudo, por se tratar de uma tese abstrata, e “Devido a seu caráter institucional — e não de defesa de interesses —, a legitimação para suscitar o controle por via principal, isto é, para propor ação direta de inconstitucionalidade, é limitada a determinados órgãos e entidades” (BARROSO, 2016, p. 55).

O artigo 102, inciso I, alínea a) da Constituição Federal de 88 confere ao Supremo Tribunal Federal a atribuição de processar e julgar 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.

A decisão definitiva produzida pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (BRASIL, 1988).

Por controle difuso entende-se o controle realizado em via incidental, no bojo de um caso concreto. Trata-se da atividade fiscalizadora facultada aos juízes e tribunais de qualquer grau. “É o controle exercido quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido” (BARROSO, 2016, p.54). A inconstitucionalidade, no controle difuso, é arguida como fundamentação do direito à pretensão.

Sobre o controle difuso, leciona Alexandre Morais (MORAIS, 2017, p.525):

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo pois objeto principal da ação.

No controle difuso, o judiciário é provocado para analisar uma pretensão, que muito embora concreta e existente no mundo fático, esbarra em uma controvérsia constitucional, de forma que a solução desta está intrinsecamente ligada a resolução da lide in concreto. “Tecnicamente, a questão constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio” (BARROSO, 2016, p.54).

Gilmar Ferreira Mendes e Gustavo Gonet Branco entendem que a constituição de 1988 diminuiu o significado do controle difuso, vez que expandiu expressivamente o hall de legitimados para a propositura de ação direta. Com isso, a grande maioria das matérias são resolvidas em via abstrata, mediante ação própria (MENDES E GONET, 2015).

Nesse sentido, o supracitado jurista alerta para um determinado grupo de inovações provenientes da carta magna de 1988, quais são (BARROSO, 2016, p.62-63):

Trouxe, todavia, um conjunto relativamente amplo de inovações, com importantes consequências práticas, dentre as quais podem ser destacadas:
a) a ampliação da legitimação ativa para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103);

- b) a introdução de mecanismos de controle da inconstitucionalidade por omissão, como a ação direta com esse objeto (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI);
- c) a recriação da ação direta de inconstitucionalidade em âmbito estadual, referida como representação de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º);
- d) a previsão de um mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º); e) a limitação do recurso extraordinário às questões constitucionais (art. 102, III).

A constituição de 1988 expandiu em grande parte o hall de legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade (ADI). Antes, na vigência da constituição de 1967, a supracitada ação era de competência exclusiva do Procurador-Geral da República. (SLAIBI, 2002).

Todas as inovações trazidas pela carta magna de 1988 (os mecanismos de controle de inconstitucionalidade por omissão, a ampliação do hall de legitimados para propositura de ADI, mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, etc.) representam o esforço do legislador constitucional de proteger a democracia, a supremacia da constituição, e a harmonia do ordenamento jurídico. Cicatrizes de um passado marcado pelo regime militar.

2.4 A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

A teoria da inconstitucionalidade surge com a ideia da supremacia da constituição. Conforme estudado, a constituição é dotada de superioridade frente leis e atos normativos superveniente à sua promulgação. Com fulcro na ideia de supremacia, a harmonia perante as normas constitucionais confere validade ao dispositivo em questão.

Nesse sentido, o próprio texto constitucional adota e direciona mecanismos de controle de constitucionalidade das leis, objetivando retirar do ordenamento as leis que estão em desacordo com as normas constitucionais. A “Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo” (BARROSO, 2016, p.30). Em outras palavras, a lei em desacordo com a carta magna é declarada inconstitucional.

É mister a compreensão conceito quanto a eficácia da norma inconstitucional, ou seja, em desacordo com o ordenamento como um todo. Sobre o tema, escreve Barroso (BARROSO, 2016, p. 32):

A inconstitucionalidade, portanto, constitui vício aferido no plano da validade. Reconhecida a invalidade, tal fato se projeta para o plano seguinte, que é o da eficácia: norma inconstitucional não deve ser aplicada. Veja-se um exemplo ilustrativo. Suponha-se que a Assembleia Legislativa de um Estado da Federação aprove um projeto de lei definindo um tipo penal específico de “pichação de bem público”, cominando pena de detenção. No momento em que o Governador do Estado sancionar o projeto aprovado, a lei passará a existir. A partir de sua publicação no Diário Oficial, ela estará em vigor e será, em tese, eficaz. Mas a lei é inválida, porque flagrantemente inconstitucional: os Estados-membros não podem legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I). Tal circunstância deverá ser reconhecida por juízes e tribunais, que, diante da invalidade da norma, deverão negar-lhe aplicação e eficácia.

É necessário entender que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma não configura a sua revogação. Pela revogação, a norma é excluída do ordenamento jurídico, não mais existindo naquela sistemática. No controle de constitucionalidade realizado no Brasil, uma lei declarada inconstitucional não é removida do ordenamento, por falta de ato formal que a remova. A lei inconstitucional, contudo, passa a ser inefetiva, não devendo ser mais aplicada (BARROSO, 2016).

Flavio Martins estuda em suas obras os liames entre a nulidade e a anulabilidade de uma lei inconstitucional. Para tanto, inicialmente explica a diferença de nulidade e anulabilidade, e alerta para relativização da teoria da nulidade após o advento da Lei n. 9.868/99. conforme passagem (MARTINS, 2019, p.581)

Todavia, sobretudo com o advento da Lei n. 9.868/99, que regulamenta o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a teoria da nulidade foi relativizada. Isso porque a teoria da nulidade poderia causar um sério transtorno: se uma lei fosse declarada inconstitucional muito tempo depois de sua edição, faticamente seria impossível desconstituir seus efeitos. Outrossim, a inconstitucionalidade pode ter sido reconhecida não de forma evidente (“chapada”), mas fruto de uma evolução interpretativa constitucional. Reconhecer efeitos retroativos à decisão de inconstitucionalidade seria estremecer outros valores constitucionais, como a segurança jurídica (art. 5º, caput, da Constituição), na medida em que todos cumpriram aquela lei, por presumir ser ela constitucional. Aliás, foi o que disse o Min. Luiz Fux no julgamento da ADI 4.425-QO, de 23-3-2015: “a modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei n. 9.868/99, art. 27)”.

Pela teoria da nulidade, entende-se que um ato já nasce nulo, trata-se de vício congênito”. A nulidade se é declarada, ou seja, mediante ação declaratória. Na teoria da anulabilidade, trata-se do reconhecimento posterior da invalidade da norma. Pela

anulabilidade, tem-se que uma norma nasce válida, porém tem sua invalidade declarada por uma decisão anulatória, mediante ação anulatória.

Sobre a questão suscitada por Martins, pertinente é a redação do artigo 27 da Lei n. 9.868/99, do qual permite que o Supremo Tribunal Federal, haja vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, por maioria de dois terços de seus membros, “restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado” (BRASIL, 1999). Por tal diploma legal, o STF poderá controlar e fixar a data da qual a decisão iniciará a produzir efeitos.

Doutrinariamente a inconstitucionalidade de uma Lei pode ser observada por diversos prismas: quanto ao tipo de conduta, quanto da extensão da inconstitucionalidade, quanto ao momento, quanto a norma constitucional ofendida, etc. Contudo, para o objetivo do presente trabalho, basta que o leitor entenda o conceito introdutório de inconstitucionalidade. Passa-se agora ao estudo da interpretação constitucional e suas particularidades.

3. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Não restam dúvidas de que o texto constitucional representa algo uno, centro e ponto de partida da construção de todo o sistema jurídico. A constituição, enquanto texto base do ordenamento de um país, dá à luz a um dos temas mais pertinentes e fervorosamente debatidos entre os constitucionalistas, o fenômeno da Interpretação Constitucional.

As normas constitucionais, independentemente de sua eficácia plena, contida ou limitada, para dar concretude à vontade do legislador constitucional, necessita que o operador do direito interprete a vontade daquele no momento da elaboração da norma. Só após passar pelo crivo da interpretação, que o operador estará apto a aplicar a norma ao caso em questão.

Sendo a constituição a base e ponto de partida para a construção de todo o ordenamento jurídico, por tamanha relevância de seu conteúdo, deve-se buscar a compreensão profunda do texto constitucional, observando todos os contornos e delimitações geradas pelo axioma da linguística empregada (OLIVEIRA, 1998)

Sobre a interpretação constitucional, leciona o grande jurista Paulo Bonavides (1997, p. 398): “trata-se de operação lógica, de caráter técnico mediante a qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa”.

Christine Oliveira Peter da Silva, escreve que “tudo gira em torno da compreensão e apreensão do sentido, significado e alcance das normas enfeixadas na Constituição, uma vez que todos os ramos do Direito estão fundados nela” (SILVA, 1998, p. 6 apud BULOS, 1997).

Decifrar, explicar, esclarecer, explanar, etc. Diversos são os sinônimos do verbo “interpretar”. Em suma, interpretar significa extrair a significação de um determinado objeto analisado. No âmbito da interpretação constitucional não é diferente: o jurista exerce papel fundamental na interpretação da norma. É sobre ele que recai a função de analisar as intenções do legislador constitucional e aplicar a sua vontade ao caso concreto.

Sobre a função de intérprete assumida pelo jurista, notória observação fez Christine Oliveira Peter da Silva (SILVA, 1998, p.6):

O jurista, enquanto intérprete, cumpre uma tarefa essencial e primordial no trabalho jurídico, qual seja, mediar o objeto da interpretação e os destinatários da norma (objeto interpretado). A idéia de intérprete como mediador vem da

própria etimologia da palavra 'interpretação' originária de inter e pars, ou melhor, inter partes.

É inegável o grau de importância dos institutos que juntos formam a teoria da interpretação constitucional. Das interpretações, a mais importante, pois é dela que se extrai a validade de todos os objetos jurídicos que dela derivem. De cada entendimento gera-se uma cadeia de obrigações que afeta o sistema jurídico como o todo, refletindo na vida de milhares de particulares.

Quando o jurista aplica métodos de interpretação constitucional, ele o faz com a iminência de conhecer o significado de determinado ato normativo. Entretanto, quando posto em comparação com os métodos de interpretação de outros ramos do direito, a interpretação constitucional está eivada de distinções dos demais métodos, conferindo ao estudo do supracitado fenômeno certa autonomia. Um campo próprio de estudo. (MENDES e GONET, 2015)

Nesse sentido leciona Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, 1997):

A interpretação constitucional não despreza a interpretação jurídica de um modo geral, mas apresenta um série de particularidades que justificam o seu tratamento diferenciado, num estudo de certa forma autônomo dos demais métodos interpretativos presentes no sistema jurídico.

Sobre os efeitos da interpretação constitucional, lecionam os juristas Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco: (2015, p 81 apud MIRANDA, p. 448 e HESSE, 1992, p. 40):

A atribuição de sentido a um preceito constitucional é atividade marcada por considerável potencial de efeitos vários sobre a ordem jurídica e sobre o cotidiano dos indivíduos. A atividade destinada a descobrir o sentido de uma Constituição, que proclama valores a serem protegidos, seguidos e estimulados pelos poderes constituídos e pela própria sociedade, assume inescusável relevo para a vida social e para a definição do Direito. Na realidade, não se busca um sentido para uma norma senão com o objetivo de conformar a vida social; a interpretação da Constituição "só faz pleno sentido posta ao serviço de aplicação" e não se cogita de aplicação sem interpretação. O trabalho de interpretar a Constituição, portanto, integra o esforço de aplicar uma norma constitucional, o que leva a Konrad Hesse a concluir que "a interpretação constitucional é concretização".

É mister salientar que o texto constitucional vai muito além da mera distinção e repartição de poderes e competências, abrangendo campos que demandam determinado grau de dinamismo, tutelando, no corpo de seus dispositivos, valores sociais, teorias e filosofias, como é o caso dos direitos fundamentais, a ideia de dignidade da pessoa humana e o conceito de família ao longo do tempo. A

interpretação permite que o texto escrito por um legislador se adeque a determinada conjuntura social, permitindo que aquele proporcione um entendimento adequado e que legitime a submissão da sociedade ao ordenamento jurídico.

Pertinente é a observação de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, ao versar sobre a matéria (2015, p.81):

As constituições contemporâneas absorvem noções de conteúdo axiológico e, com isso, trazem para a realidade do aplicador do direito debates políticos e morais. As pré-compreensões dos intérpretes sobre esses temas, tantas vezes melindrosos, não têm como ser descartadas, mas devem ser reconhecidas como tais pelos próprios aplicadores, a fim de serem medidas com o juízo mais amplo, surgido da detida apreciação dos vários ângulos do problema proposto, descobertos a partir da abertura da interpretação da Constituição a toda a comunidade por ela afetada.

Contudo, deve-se tomar certas precauções quanto à interpretação constitucional. Primeiro, esta deve se ater as limitações impostas pelos métodos aplicados, matérias que serão abordadas com a devida minúcia nos tópicos seguintes. Segundo, a interpretação deve respeitar a uniformidade constitucional, de forma que a interpretação não deturpe a vontade do legislador, pondo em xeque a segurança jurídica e, conseqüentemente, a legitimidade de determinado dispositivo, “submetendo a sociedade a algo que ela própria, por seus processos democráticos, não decidiu” (MENDES e GONET, 2015, p.82)

A promulgação da Constituição Federal de 1988, motivada pelo processo de redemocratização frente o período ditatorial vivenciado, proporcionou notável crescente no interesse de juristas e acadêmicos à praxe e a pesquisa no campo da interpretação constitucional, haja vista o importante papel do Supremo Tribunal Federal, as minúcias e conseqüências da interpretação constitucional. (MENDES e GONET, 2015).

A seguir, passa-se a uma análise dos postulados da interpretação constitucional, vislumbrando os princípios e ferramentas aplicados a interpretação, finalizando com um sedimentado entendimento do instituto da mutação constitucional.

3.1 PRESSUPOSTOS DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A interpretação constitucional, embora utilize de métodos da interpretação jurídica, conforme explicitado, detém certas peculiaridades que lhe conferem um grau

maior de complexidade, e, portanto, distingue-se da praxe convencional interpretativa utilizada nos outros ramos do direito.

Notória é a complexidade e abrangência que naturalmente emana do texto constitucional. Qualquer mudança interpretativa, dada a amplitude da matéria, representa uma verdadeira mudança no paradigma de todo o sistema jurídico nacional, atingindo diretamente milhares de pessoas.

Contudo, antes de passar a análise dos postulados da hermenêutica constitucional, é mister a compreensão de que, conforme escreve Carlos Maximiliano, hermenêutica e interpretação são temas diferentes. Para o autor, a interpretação normativa é a atividade do jurista de perceber a relação entre a norma abstrata e o caso concreto, e assim aplicar o direito ao caso concreto (MAXIMILIANO, 2011).

Nesse sentido, esclarece o supracitado jurista que (MAXIMILIANO, 2011, p. 1):

É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contem: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

É justamente no buscar compreender e fixar o sentido e o alcance da norma que surge a Hermenêutica. A hermenêutica dialoga com a filosofia do direito e as ciências sociais e como resultado fornece à interpretação jurídica verdadeira base teórica, guiando, disciplinando e modelando os limites que o jurista enquanto sujeito dotado de abstração, pode percorrer.

Nesse limiar conceitual, afirma Friede (1997, p. 119):

A hermenêutica é, por via de consequência, um processo dinâmico, vivo e cíclico, que alimenta, crescente e constantemente, os próprios métodos de interpretação, procedendo, em última instância, à sistematização dos processos aplicáveis para determinar, ao final o sentido verdadeiro e o alcance real das expressões de direito.

Corroborando ao supracitado jurista, acentua Adriana Martins da Silva, em seu artigo Hermenêutica e interpretação em Kelsen, que (MARTINS, 2003, p. 202):

A hermenêutica jurídica busca um sistema – que diríamos o mais adequado – que sistematizasse, estabelecesse fins e limites aos processos utilizados para buscar o que querem dizer as normas jurídicas, o verdadeiro sentido das palavras ali inclusas, pois as mesmas, como vimos anteriormente, são amplas, não possuem um único sentido. A hermenêutica é considerada como

parte da ciência jurídica e seu objetivo maior é criar caminhos ou abrir caminhos para a interpretação, para que a mesma tenha de imediato os caminhos que deve seguir, bastando tão-somente cumprir sua função dentro dos processos impostos pela hermenêutica.

Portanto, resta sedimentado o entendimento de que a Hermenêutica precede a interpretação, estabelecendo e condicionando a atividade desta ao respeito aos Pressupostos da Hermenêutica jurídica.

Na interpretação da norma, o jurista aplica a norma abstrata ao caso concreto. A hermenêutica estabelece os caminhos que o jurista deve percorrer ao buscar compreender o significado da norma abstrata, legitimando assim o ato jurídico.

Conforme assinala Christine Oliveira Peter da Silva, o respeito aos pressupostos da interpretação constitucional estaria vinculado à legitimidade da interpretação. Tais pressupostos devem ser entendidos como verdadeiros postulados, funcionando como comandos que delimitam a atividade de interpretação do agente. Os postulados são verdadeiros axiomas de validade. Constitui verdadeira fórmula interpretativa derivada da teoria do direito (1998 apud CANOTILHO, 1991, p. 232).

A exímia pesquisadora escreve ainda que os postulados funcionam como verdadeiros vetores que condicionam a atividade interpretativa, conferindo a esta pressuposto de validade. Nesse sentido, segue escrevendo (1998 apud CANOTILHO, 1991, p. 232):

3

J.J Gomes CANOTILHO assinala que tanto a doutrina como a jurisprudência sentiram necessidade de elaborar um rol de enunciados importantes e relevantes para a interpretação constitucional, que pudesse auxiliar os intérpretes nessa difícil tarefa. O estudo destes postulados (ou axiomas) constitucionais revela-se de extrema importância na medida em que eles constituem vetores sem os quais a interpretação constitucional é inócua, porque ilegítima.

O jurista, preteritamente à atividade interpretativa, deve se debruçar sobre o estudo dos pressupostos interpretativos, pois a atividade em questão, por ser essencialmente subjetiva, dotada de certo grau de abstratividade, ainda está submissa aos limites dos postulados, estes que funcionam como efetivo freio à subjetividade do intérprete. (MEYER, 2011)

Agregando ao exposto, escreve Samantha Ribeiro Meyer (MEYER, 2011):

Entende-se por postulados constitucionais ou princípios interpretativos os comandos dirigidos à todos aqueles que pretendem exercer a atividade interpretativa, portanto, dizem respeito a um momento anterior à própria interpretação.¹¹ São os postulados que fornecem os elementos a serem aplicados na interpretação da Constituição. Constituem-se, pois em

verdadeiras condições, sem as quais não se pode levar a efeito a interpretação constitucional.

A hermenêutica constitucional distingue-se da interpretação jurídica aplicada aos demais ramos do direito no momento em que pretende interpretar a carta magna. Luís Roberto Barroso define quatro características que permitem vislumbrar as distinções da norma constitucional (BARROSO, 1998):

- a) superioridade hierárquica;
- b) natureza da linguagem;
- c) conteúdo específico;
- d) Caráter político.

Portanto, conclui-se que antes de interpretar a norma constitucional, o jurista deve considerar as distinções do texto constitucional dos demais ramos do direito, e, ciente destas, deve pautar a interpretação pelo crivo dos postulados da hermenêutica constitucional, requisito de legalidade da interpretação.

Após o exposto, restando sedimentado o entendimento referente aos pressupostos da hermenêutica constitucional, passa-se agora a análise de um notório grupo integrante que compõe os supracitados postulados. Trata-se dos princípios da interpretação constitucional, tema analisado nos tópicos subsequentes.

3.2 PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Os princípios são fontes materiais do direito, e por isso, precedem a norma. Na interpretação constitucional, seguem a mesma métrica. Conforme abordado no tópico anterior, os princípios da interpretação representam verdadeiros postulados da hermenêutica constitucional, delimitando, fornecendo e guiando o jurista, e por assim, legitimando a interpretação do mesmo.

Contudo, faz-se mister compreender que princípios são enunciados lógicos dotados de força normativa, sem gradação, nem limite, para a solução dos problemas de interpretação. (COELHO, 2002).

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (BARROSO e BARCELLOS, 2003), ao estudar as delimitações que definem princípios e regras na constituição de 1988, observa os princípios a partir de três eixos: a) quanto ao conteúdo; b) quanto à estrutura normativa; e c) quanto à sua aplicação.

Quanto ao conteúdo, os princípios são normas que positivam valores ou determinam diretrizes e fins almejados. A norma é rígida, fixa, dotada de caráter vinculante e, vez ocorrida sua previsão no caso concreto, aplica-se a norma abstrata ao caso concreto. Já os princípios, muito embora as vezes positivados, existem no plano abstrato, tutelando ideias, valores políticos e sociais e impondo escopos a jurisdição. “Trazem em si, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. Isonomia, moralidade, eficiência são valores. Justiça social, desenvolvimento nacional, redução das desigualdades regionais são fins públicos” (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 150).

Quanto à estrutura, os princípios existem no plano abstrato guiando a conduta do jurista na aplicação da norma a casos reais. Demandam um processo de racionalização, pelo qual o jurista atribui humanidade a aplicação da norma, permitindo que essa exista no plano real, “A ele (o intérprete) cabe dar o toque de humanidade que liga o texto à vida real” (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p.150).

Por fim, quanto às particularidades da aplicação, Barroso e Barcellos escrevem que diferentemente das regras, proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada, os princípios detêm carga mais valorativa, dotada de certo grau de maleabilidade proveniente do próprio sistema jurídico, sendo necessário uma análise mais abstrata, afim de entender suas aplicações ao caso concreto. Nesse sentido, seguem lecionando (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 151):

A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.

Em sequência, após embasado características que perpassam os princípios, passa-se a análise de determinados princípios da interpretação constitucional: a) Unidade da Constituição; b) Princípio da concordância prática ou da harmonização; c) princípio da correção funcional; e d) Princípio da força normativa da constituição, necessários a devida compreensão do capítulo subsequente.

3.2.1 PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Pelo princípio da unidade da constituição entende-se que as normas constitucionais representam unidade, isto é, impossíveis de serem interpretadas de forma isoladas, ignorando-as do restante da unidade. Segundo Coelho, o princípio da unidade surge na e pela constituição, entendendo a constituição como uma unidade sistematizada, composta pelo texto presente na norma. O autor é bastante astuto ao escrever que (COELHO, 2002, p.179):

Em conseqüência, a constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque - relembre-se o *círculo hermenêutico* - o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.

A constituição, enquanto unidade, comporta, em seu corpo escrito, regras, normas formais; e princípios, de existência abstrata, estes ditando condutas, prescrevendo finalidades, positivando valores morais e sociais derivados da filosofia do direito e das ciências sociais.

Diante de tal complexidade, é impossível que se proceda a uma interpretação apartada do resto do corpo constitucional, sob pena do declínio de todo o ordenamento jurídico, extinguindo-se, assim, a legitimidade da carta magna.

Por outro lado, J.J. Gomes Canotilho (1991, p.232) entende que o princípio vincula e “obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar”.

Conclui-se, portanto, que o princípio da unidade condiciona ao intérprete da constituição à análise desta como um todo, percebendo seus componentes e os pontos em que tensionam-se, de forma que a interpretação deve-se adequar a totalidade e o equilíbrio da unidade da constituição, haja a vista a paridade hierárquica de suas normas, inadmitindo assim contradição ou conflito (MEYER, 2011).

3.2.2 PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU DA HARMONIZAÇÃO

O princípio da concordância prática ou da harmonização está intrinsicamente ligado ao princípio da unidade constitucional, encontrando neste a sua razão de ser. Pelo harmonização, tem-se que o intérprete, diante do surgimento de determinado antagonismo entre valores e fins tutelados por princípios distintos, deve sopesar ambos, e, considerando as demandas do caso concreto, antepor aquele que mais se adequa aos liames da proporcionalidade (COELHO, 2002).

Não é novidade para o leitor que devido a natureza abstrata dos princípios, e em decorrência da unidade constitucional, corriqueiramente, na praxe jurídica, o jurista se deparará com antagonismos nos ideais tutelados. A hermenêutica jurídica é quem guia a atividade do intérprete, harmonizando a atividade interpretativa aos pressupostos da hermenêutica, mantendo assim a unidade constitucional.

Integrando o grupo de postulados e princípios hermenêuticos que guiam o interprete, o Princípio da harmonização surge como verdadeiro crivo de legalidade, condicionando á interpretação ao respeito da unidade constitucional, concedendo flexibilidade e a essência humana que permite a aplicação da norma ao caso concreto. O princípio da harmonização “tem como objetivo principal atribuir conformidade às normas constitucionais, de molde a evitar qualquer espécie de conflito, bem como a exclusão de normas ou valores” (MEYER, 2011, p.10).

Sobre a harmonização social, entende o jurista Inocêncio Mártires Coelho que só é possível o jurista apreciar o princípio da harmonização, também conhecido como princípio da concordância prática, no momento em que se for aplicar o texto da norma ao caso concreto, pois, somente no crivo do caso concreto é que se pode visualizar e ponderar os variados valores constitucionais tutelados nele. Nesse sentido, escreve (2002, p.181):

Essa conciliação, no entanto, é puramente formal ou principiológica, pois nas demandas reais só um dos contendores tem acolhida, por inteiro ou em grande parte, a sua pretensão, restando ao outro conformar-se com a decisão que lhe foi adversa, porque esse é o desfecho de qualquer disputa em que os desavindos não conseguem construir soluções negociadas.

Portanto, percebe-se que princípio da harmonização funciona como um escopo, uma diretriz condicionante à atividade do intérprete que só existe no plano abstrato, vez que um litígio é formado por um conflito de pretensões, e na aplicação do direito, uma parte sairá vencedora e a outra derrotada.

Samantha Ribeiro Meyer adverte que em decorrência da unidade constitucional, da inexistência de hierarquia entre as normas da carta magna, é impossível, para a

saúde do sistema normativo como um todo, que exista antinomias entre seus dispositivos, de modo que é defeso ao jurista negar eficácia a determinada norma. “Deve-se sempre conferir à norma constitucional uma interpretação que a coloque em consonância com as demais, é dizer, com o sistema constitucional” (MEYER, 2011, p. 11).

3.2.3 PRINCÍPIO DA CORREÇÃO FUNCIONAL

A constituição, unidade constituída por regras e princípios, resguarda em seu bojo uma série de valores e finalidades cuja o jurista deve considerar ao praticar a interpretação constitucional. Dentro desse cenário, o princípio da correção funcional atua como cola que mantém a harmonia e a unidade constitucional.

Também denominado por parte da doutrina como o princípio da conformidade funcional, entende-se que o intérprete, ciente da unidade constitucional, deve proceder com uma interpretação que respeite a divisão de competências positivadas pelo legislador constitucional. Tem como principal objetivo a manutenção da ordem e unidade da carta magna.

Nesse sentido, escreve Samanha Ribeiro Meyer, com fulcro nos ensinamentos do jurista Konrad Hesse (MEYER, 2011, apud, HESSE, p.45):

[...] o princípio da concordância prática está a prescrever a necessidade dos bens constitucionalmente protegidos serem coordenados de tal modo na solução do problema que todos eles conservem a sua identidade. Segundo o autor, onde se produzam tais colisões, não se deve, através de uma precipitada “ponderação de bens” ou inclusive ponderação de valores, realizar um a custo do outro.

Portanto, extrai-se que o jurista deve observar certas ressalvas quanto à aplicação da harmonização constitucional. Por se tratar de método interpretativo, cabe ao intérprete, diante de um caso concreto, sopesar os institutos em choque dentro dos limites projetados pela ordem funcional da constituição.

O princípio da correção funcional é bastante observado na praxe do controle de constitucionalidade, tanto na modalidade difusa quanto na concentrada e das relações entre legislatura e tribunais integrantes da praxe do controle. Trata-se de parâmetro de legalidade das leis, vez que o desrespeito ao supracitado princípio configura lesão ao estado democrático de direito e a divisão de poderes, base do sistema organizacional brasileiro (COELHO, 2002)

O desrespeito ao princípio da correção funcional configura verdadeira lesão ao estado democrático de direito. Sem a observação a tal princípio, sacrifica-se o devido processo legal e a democracia resta a mercê da parcela detentora do poder. Verdadeiro estado de barbárie.

Em suma, entende-se que o princípio da correção funcional tem sua origem e se concretiza no princípio da unidade constitucional, agindo como verdadeiro mecanismo de defesa contra o ativismo judicial, haja vista que recai sobre os tribunais a função de controle de constitucionalidade das leis, (SILVA, 2005, p. 128, apud, GUERRA, p. 181 e CANOTILHO, p. 1097).

3.2.4 PRINCÍPIO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Tema vastamente explorado nos escritos de Konrad Hesse, o princípio da força normativa funciona como enunciado para o intérprete da constituição. Pelo princípio, o jurista deve sempre prezar pela decisão que, vislumbrando os liames da modernidade, promova maior eficácia a norma constitucional. (COELHO, 2003, apud, HESSE, p. 68 e CANOTILHO, p. 1099).

Um escopo que objetiva transladar sopro de vida ao texto da carta magna, promovendo sua eficácia frente os novos paradigmas sociais da modernidade. (COELHO, 2003).

Samantha Ribeiro Meyer entende a força normativa da constituição como uma imposição ao intérprete objetivando que este esteja sempre a apreciar o texto constitucional, como um todo, busca adequar a interpretação normativa a modernidade, proporcionando mais eficácia a norma (MEYER, 2011). A autora, fundamentando-se nos ensinamentos de Hesse, escreve:

Konrad Hesse entende na medida em que a Constituição pretende ver-se atualizada, e sendo que as possibilidades e condicionamentos históricos de dita “atualização” está em constante mudança, será necessário que o intérprete dê preferência na solução dos problemas jurídico-constitucionais aos pontos de vistas que auxiliem as normas constitucionais a obterem a máxima eficácia sobre as circunstâncias de cada caso.

Representa mais uma fundamentação principiológica ao fomento da atualização da norma constitucional. Existe intrinsecamente aos princípios da unidade constitucional, da harmonização e da correção funcional, conferindo assim, dentro dos

limites previstos na divisão constitucional, formas de atualizar e promover mais eficácia a norma constitucional ao longo do tempo.

3.2.5 PRINCÍPIO DA EFICÁCIA INTEGRADORA

Pelo princípio da eficácia integradora tem-se um ditame ao interpretador constitucional: no bojo de um caso concreto, o intérprete deve-se prezar pela tese que mais coadune com a integração social e a unidade política, respeitado os limites da uniformidade constitucional. Nesse sentido, escreve Coelho (COELHO, 2002, p.182):

esse cânone interpretativo orienta o aplicador da constituição no sentido de que, ao construir soluções para os problemas jurídico-constitucionais, procure dar preferência àqueles critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração social e a unidade política, porque além de criar uma certa ordem jurídica, toda constituição necessita produzir e manter a coesão sócio-política, enquanto pré-requisito ou condição de possibilidade de qualquer sistema jurídico.

O princípio funciona como um enunciado aos tribunais, para que estes prezem por uma jurisprudência que coadune com a integração social e a ordem política, fins tutelados pelo texto constitucional. De forma análoga ao corpo humano, o princípio, juntamente com os demais supracitados nos demais capítulos, age como globos brancos que defendem o organismo (constituição) de possíveis invasores (inobservância dos postulados constitucionais) que maculem seu bem-estar (a unidade constitucional).

3.3 O FENOMENO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como abordado de forma minuciosa ao longo da pesquisa, uma constituição nascida sem instrumentos de reforma que possibilitem fluidez e dinamismo ao texto é uma constituição que “nasce” morta. Conforme leciona Eros Roberto Grau (2005) “não existe a Constituição de 1988. O que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte”.

O corpo constitucional, enquanto essência e estrutura de um sistema governamental, necessita de mecanismos que permitam a reforma do texto constitucional, proporcionando assim a possibilidade de que o texto se adeque as mudanças e avanços da vida moderna.

Nesse sentido, a mutação constitucional é um fenômeno jurídico que se deriva do poder reformador, contudo, dá-se de forma informal, pois conforme estudado, o processo de reforma do texto constitucional segue um rito formal determinado pelo legislador, e, pelo instituto da mutação constitucional o que se altera é a forma de como se interpreta determinado artigo, preservando intacta a redação do mesmo. (NOVELINO, 2016)

A mutação constitucional pode ocorrer após diversos gatilhos, todavia, todos ligados à adequação do texto constitucional as demandas apresentadas pela modernidade.

Nesse sentido, leciona Novelino (2016, p.129):

As mudanças informais podem ocorrer com o surgimento de novos costumes constitucionais ou pela via interpretativa, quando se altera o sentido atribuído ao enunciado normativo constitucional. Podem ser mencionadas, por exemplo, as viradas de interpretação do Supremo em relação a competência para julgar habeas corpus contra ato de turmas recursais dos juizados especiais e ao princípio da individualização da pena, cujo novo significado se tornou incompatível com a vedação em abstrato da progressão no regime de cumprimento da pena.

O artigo 226, §3º da Carta Magna protagonizou um grande exemplo de mutação constitucional proposto para adequar o texto constitucional aos novos modelos familiares existentes.

Após sofrer mutação, a redação do supracitado dispositivo, quando se lê que (BRASIL, 1988) “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”, deve-se entender não apenas a união de homem e mulher, mas sim de pessoas, proporcionando ao artigo uma interpretação mais expansiva e que respeita o dinamismo social.

Conforme o exposto, percebe-se que resta ultrapassado entender a mutação constitucional como fenômeno negativo e que se deve ser repreendido, mas sim como um mecanismo análogo ao pulmão, permitindo que a constituição respire, mantendo-se viva, acompanhando o *animus vivendi* da sociedade e o proporcionando aos seus dispositivos vitalidade e o dinamismo por esta demandado.

Adriano Santana Pedra, pesquisador da Teoria da mutação constitucional, citando Eros Roberto Grau, leciona (2009 apud GRAU, 2006, p.59):

[...]Eros Roberto Grau escreve que “o direito é um organismo vivo, peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade”. Assim, quando a Constituição é redigida inteligentemente, pode

tentar levar em consideração, desde o princípio, necessidades futuras por meio de mecanismos cuidadosamente colocados.

Contudo, deve-se respeitar limites quanto ao conteúdo da mutação, de forma que este respeite princípios da interpretação constitucional, tais como o da correção funcional, de forma que não se extrapole a interpretação, para que essa não funcione como verdadeiro agente deturpador do texto magno.

Nesse sentido, Adriano Santana Pedra (2009 apud VERDÚ, 1993, p. 60) escreve que:

Uma formulação demasiadamente elástica poderia prejudicar a segurança jurídica. Além disso, mudanças frequentes na Constituição podem levar a uma erosão da consciência constitucional e a um estado de indiferença popular em relação à Carta Magna. Nesse sentido, adverte Pablo Lucas Verdú que “a abertura constitucional e a reforma do texto fundamental devem ser feitas cautelosamente de modo a não ferir sua fórmula política, sua essência”. Embora não deva haver impedimento onde o movimento e o progresso forem necessários, não se pode prescindir da estabilidade da Constituição.

Portanto, entende-se que apesar de um mecanismo necessário para contemporaneidade da sociedade, tal fenômeno só gozará de legitimidade quando respeitar o limite interpretativo que a redação do dispositivo permita, de forma que qualquer exacerbação configura deturpação ao princípio da conformidade, restando inconstitucional. Conforme redige Marcelo Novelino (2016, p. 129-130), “Não devem ser admitidas mudanças que, a pretexto de atualizar o conteúdo da constituição, extrapole as possibilidades semânticas de seu texto”.

Inobstante o debate acerca da legitimidade da mutação constitucional, é mister atentar-se para as limitações à praxe. Se a mutação constitucional é um método de reforma silenciosa da norma constitucional protagonizada pelo Supremo Tribunal Federal, as limitações a atividade interpretativa confundem-se com as próprias limitações do poder Legislativo: Se a Constituição limita por meio de cláusulas pétreas a atividade legiferante do Estado, logicamente a hermenêutica constitucional encontra limite nas mesmas cláusulas.

Conclui-se que a Mutação Constitucional funciona como uma faca de dois gumes, muito embora necessário para o dinamismo do ordenamento, por se tratar de método informal, deve-se observar certos cuidados para que a mudança esteja respeitando a unidade constitucional.

4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O constitucionalismo é um movimento cuja traços podem ser observados desde os primórdios da sociedade racional, contudo encontra sua origem formal na promulgação da Constituição dos Estados Unidos das Américas, decorrente do processo de independência das 13 Colônias (1787) e na revolução Francesa (1791), pautada por ideais de liberdade, limitação ao poder estatal e proteção das garantias fundamentais do homem.

A constituição Federal de 1988, baseada na organização estatal, a limitação ao poder do estado e a proteção a direitos e garantias fundamentais, pode ser analisada por diversos aspectos. O presente trabalho aborda os aspectos formal e material, como forma de sedimentar o entendimento de conceitos referentes a interpretação constitucional.

Pelo aspecto formal, compreende-se a constituição como o diploma inaugural de um ordenamento. Pauta-se pela supremacia das normas constitucionais frente a construção de todo o sistema jurídico de determinado Estado. A constituição é portanto o parâmetro de legalidade das leis e da atuação estatal, vinculando esta a vontade do legislador constituinte, legitimando o ato.

O aspecto material, por sua vez, entende a constituição como o conjunto de normas que definem a estrutura da divisão de poderes do estado, prescrevem limitações a tais poderes, elenca valores, princípios e diretrizes estatais e assegura o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

A constituição é uma e indivisível, suas normas são parâmetros de legalidade para a organização e a atuação estatal, bem como o âmago de todo o ordenamento jurídico. A construção e a execução do ordenamento jurídico observam o princípio da supremacia da Constituição, de modo que aquele deve caminhar harmonicamente a este, sob pena de ser ilegítimo, e, portanto, ilegal. Trata-se de segurança jurídica.

A carta magna, portanto, se propõe a exprimir a essência de uma sociedade, e não se limitando a determinado lapso temporal, busca acompanhar a dinâmica e as demandas sociais. Para tanto, o legislador constituinte preconiza mecanismos que permitem a reformulação e adição à norma constitucional, por meio de órgãos competentes, bem como mecanismos que fiscalizam as supracitadas atividades, trata-se do Controle de Constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade pode ser desenvolvido em diversos planos e tempos, de forma preventiva ou repressiva. A Constituição Federal de 1988 adota um sistema misto de controle de constitucionalidade judicial, nas modalidades concentrado e difuso.

Nesse sentido, escreve Alexandre Morais sobre o modelo concentrado (MORAIS, 2017, p.531):

Esse controle é exercido nos moldes preconizados por Hans Kelsen para o Tribunal Constitucional austríaco e adotados, posteriormente, pelo Tribunal Constitucional alemão, espanhol, italiano e português, competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

O controle concentrado de constitucionalidade permite que uma classe de legitimados pela norma magna proponha ações declaratórias de inconstitucionalidade por via direta, para o tribunal designado para o julgamento de teses abstratas, independentemente de um caso concreto.

O supracitado modelo é derivado do modelo Europeu, pautado pelos tribunais constitucionais, tribunais competentes para o julgamento e processamento de teses abstratas, suscitadas por demanda autônoma. A constituição de 1967 conferia o direito à representação por tal via apenas ao Procurador-Geral da república. Contudo, a constituição de 1988 expandiu expressamente o conjunto de legitimados para propositura de ação direta de inconstitucionalidade, democratizando o acesso para diversas entidades (MENDES, 2006)

Por sua vez, o controle difuso é uma modalidade de controle constitucional aplicada por todo juiz ou tribunal, quando diante de um caso concreto, a análise constitucional seja indispensável para a aplicação do direito.

Sobre a via difusa do controle leciona Morais (MORAIS, 2017, p.524):

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.

O controle difuso de constitucionalidade pode ser executado por todos os juízes e tribunais, por meio do qual analisam a possibilidade de inconstitucionalidade no bojo

de um caso concreto. É atribuição de analisar a compatibilidade do ordenamento jurídico com a norma constitucional e, quando entender por incompatível, afastar sua aplicação do caso em análise.

Nesse sentido, escreve Flávio Martins (MARTINS, 2019, p. 625)

é da essência do controle difuso que qualquer juiz (de qualquer Justiça e instância) e qualquer Tribunal (federal ou estadual) podem declarar uma lei inconstitucional. Embora não haja previsão expressa na Constituição dessa afirmação, é um corolário da atividade jurisdicional. Ora, a atividade do magistrado deriva do latim *juris* (direito) *dictio* (dicação, dizer). Se o juiz “diz o direito”, inegavelmente deve apreciar a invalidade das normas que atentem contra a Constituição.

Trata-se da inafastabilidade da tutela jurisdicional, conforme os ditames do artigo 5º, inciso XXXV, o qual preceitua a famosa máxima do direito, com fulcro nas garantias individuais: a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Estando os Juízes e Tribunais impelidos ao julgamento das lides provocadas pelo direito de ação, deve-se suscitar e tomar todas as medidas cabíveis para devida solução da lide, resultando em uma sentença em harmonia com o ordenamento.

E assim se manifesta o controle difuso de constitucionalidade, quando no julgamento de um caso concreto seja indispensável averiguação da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

Diante de uma lide em que reste arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo o “Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto [...]” (MORAIS, 2017, p.524).

Também citado como controle por via de defesa, Barroso leciona que o controle incidental de constitucionalidade está presente na tradição Brasileira desde a Constituição de 1891. Conforme Barroso, “Sem embargo da expansão do controle por via de ação direta, nos últimos anos, o controle incidental ainda é a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais” (BARROSO, 2016, p. 81).

Referente ao objeto do controle difuso, leciona Novelino (NOVELINO, 2016, p.173):

O objeto pode ser qualquer ato emanado dos poderes públicos. Não existem restrições quanto à natureza do ato questionado (primário ou secundário; normativo ou não normativo), nem quanto ao âmbito de sua emanção (federal, estadual ou municipal). Não importa, ainda, se o ato já foi revogado, se exauriu seus efeitos ou se é anterior à constituição em vigor. No controle difuso-concreto, o importante é verificar se, no momento do fato, houve a violação de direito subjetivo por ato do poder público incompatível com a constituição em vigor.

Entende-se, portanto, que independentemente da seara lesada, na busca por proteção jurisdicional mediante lesão ou ameaça de lesão, basta que esta seja por parte do Estado para que o órgão julgador possa assinalar a inconstitucionalidade.

Busca-se, por tanto, delimitar a atuação estatal para o estrito limite legal, com fundamento na unidade e supremacia da constituição, afeto a segurança jurídica. Nesse sentido, leciona barroso (BARROSO, 2016, p. 82):

A questão constitucional pode ser levantada em processos de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar. O que se exige é que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou a ameaça de que venha a ser praticado. O controle incidental de constitucionalidade somente pode se dar na tutela de uma pretensão subjetiva. O objeto do pedido não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado. Havendo a situação concreta, é indiferente a natureza da ação ou do procedimento. O que não é possível é pretender a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, fora de uma lide, de uma disputa entre partes. Para isso existe a ação direta de inconstitucionalidade, para cuja propositura a legitimação ativa é limitada. A matéria é de longa data pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Sendo o controle em via incidental um instrumento difuso aplicado por todos os juízes e tribunais no bojo de um caso concreto, qualquer cidadão que seja afetado por ação inconstitucional está legitimado para suscitar o fato. Salienta-se para a necessidade da lesão ou ameaça a lesão para que se configure o caso concreto.

A atual conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro dispõe diversos mecanismos de tutela preventiva, tais como a tutela antecipada e as medidas cautelares, de modo que a arguição de inconstitucionalidade em via incidental torna-se rotina na praxe jurídica do Brasil, sendo o único acesso do cidadão comum ao controle das leis (BARROSO, 2016).

O aludido autor leciona ainda sobre a legitimidade do Ministério Público quanto à arguição de inconstitucionalidade em via incidental (BARROSO, 2016, p. 82):

Também pode suscitar a questão constitucional o Ministério Público, quando seja parte ou officie como custos legis, bem como terceiros que tenham

intervindo legitimamente (assistente, litisconsorte, oponente). E, por fim, também o juiz ou o tribunal, de ofício, quando tenham as partes silenciado a respeito. Na instância ordinária, tanto em primeiro como em segundo grau de jurisdição, pode o órgão judicial suscitar a inconstitucionalidade de norma aplicável à hipótese, não se operando a respeito a preclusão

Quanto a praxe processual, a “arguição incidental de inconstitucionalidade pode se dar em ação de rito ordinário, sumário, ação especial ou ação constitucional, inclusive, dentre estas, a ação popular e a ação civil pública” (BARROSO, 2016, p. 83). A inconstitucionalidade, esta pode ser suscitada pelo autor da demanda judiciária tanto na peça exordial quanto posteriormente, como forma de regulagem de seus efeitos.

4.1 CLAUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO – ARTIGO 97 DA CF 88

A cláusula de reserva de plenário está prevista no artigo 97 da Constituição Federal de 1988, conforme redação que estabelece que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

A cláusula de reserva de plenário encontra razão de ser no princípio da segurança jurídica. É uma condição imposta para o âmbito dos tribunais, tanto no controle difuso quanto no concentrado, por meio do qual só se é permitido declarar a inconstitucionalidade de ato normativo ou lei mediante o voto da maioria absoluta do corpo de membros. (NOVELINO, 2016).

Objetiva coibir a ação de um órgão fracionário ou de um julgador componente do tribunal de declarar a inconstitucionalidade das leis, conferindo segura jurídica ao processo, princípio mantenedor da harmonia constitucional.

Sobre o tema, entende Alexandre Morais que predita cláusula “atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado” (MORAIS, 2017, p.525).

Trata-se, portanto, de verdadeiro parâmetro de legitimidade a observância da reserva de plenário, haja vista ser pacífico a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao entender pela nulidade absoluta “da decisão judicial colegiada que,

emanando de órgão meramente fracionário, haja declarado a inconstitucionalidade de determinado ato estatal” (MORAIS, 2017, p.525).

É mister salutar a Súmula Vinculante 10, aprovada no dia 18 de junho de 2008, reafirma o entendimento quanto à observância da cláusula de reserva de plenário, vinculando a decisão de órgão fracionário de Tribunal que afaste a incidência de ato normativo do poder público, no todo ou em parte, por entender inconstitucional, a observância do ditame.

Salienta-se que a cláusula de reserva de plenário vincula apenas as decisões proferidas por tribunais, objetivando conferir maior segurança jurídica a decisão. Os juízes singulares, contudo, não se sujeitam a observação da reserva de plenário, vez profere decisão monocrática, de modo que a estender a vinculação da aludida cláusula a juízes singular configura incompatibilidade com a própria essência do controle difuso de constitucionalidade.

No âmbito dos tribunais, a prática do controle difuso é regulada pelo Regimento Interno dos Tribunais e pelo Código de Processo Civil (CPC). Quanto a este, a arguição de inconstitucionalidade na via incidental é matéria abordada pelo artigo 948 e 949 do CPC de 2015.

Conforme a redação do artigo 948 do referido diploma legal, no âmbito dos tribunais, uma vez arguida de forma incidental a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público, cabe ao relator da demanda, ouvida a manifestação do ministério público, remeter a questão à turma ou câmara competente para o julgamento da matéria.

Em sequência, a redação do artigo 949 do CPC determina que caso a arguição de inconstitucionalidade seja rejeitada pelo órgão ou câmara julgadora, deve-se prosseguir o julgamento. Contudo, uma vez acolhida a arguição, a questão deve ser submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, caso existente.

Novelino leciona que o processo em que seja arguida a inconstitucionalidade como questão prejudicial admite a manifestação de órgãos e entidades legitimadas, tais como o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público envolvidas no caso concreto, o hall de legitimados para propor ação em via de controle concentrado, bem como a figura do *amicus curiae* (NOVELINO, 2016).

Inobstante aos diversos liames e efeitos da cláusula de reserva de plenário, é possível concluir que a mesma funciona como pressuposto de legalidade para as decisões do tribunal, demandando o voto da maioria absoluta dos membros do tribunal

quanto à matéria suscitada. Trata-se de ferramenta aplicada com fulcro na segurança jurídica, objetivando decisões consistentes e em harmonia com a ordem constitucional.

4.2 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES POR MONTESQUIEU À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O estado brasileiro adota a teoria da separação dos poderes, proposta por Montesquieu. Nesse sentido tem-se a redação do artigo 2º da Constituição Federal de 1988, que constitui como poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, bem como expressamente positivamente o caráter harmônico que circundam suas competências.

A teoria da separação dos poderes foi densamente explorada no bojo do livro XI da série “O espírito das Leis”, publicado em 1748, de autoria do Barão de La Brède e de Montesquieu, Charles-Louis de Secondat. O autor toma como base a crise do regime absolutista monárquico presente em boa parte da Europa à época da publicação e pautava-se na ideia de separar os poderes do Estado, a fim de limitar sua atuação e reduzir abusos de poder (ÁVILA, 2012).

Somado aos ideais de liberdade e proteção aos direitos fundamentais, a teoria da separação de poderes é a base do conceito de Constituição adotado pelo Ordenamento Brasileiro. Dessa soma observa-se a redação do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada após a queda do regime absolutista monárquico francês: “toda sociedade, onde a garantia dos direitos não esteja assegurada nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”.

Conforme divisão proposta pela teoria da separação dos poderes, cada poder distinto exercerá apenas sua função específica, cabendo ao Legislativo a edição de leis e reforma do corpo normativo, limitando e condicionando a conduta Estatal; ao Executivo recai a função de executar as leis na realidade concreta, enquanto o Judiciário se incube de analisar os conflitos e controlar a atuação dos demais poderes, observando a lei à luz do objeto pretensão, prezando pela supremacia da Constituição. (BARBOSA, 2006).

Nesse sentido, alerta Montesquieu para os perigos do acúmulo de mais de uma função em apenas um poder (MONTESQUIEU, 2010, p.168-169):

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade: porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente.

Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor.

Como dito alhures, Montesquieu baseia sua teoria da análise da Europa à luz do fim da idade moderna. As era das revoluções foi marcada pelo descompasso entre a concentração de poder na nobreza pelo regime monárquico e a concentração de renda na mão da emergente burguesia, que clamava direitos até então concentrados naquele grupo (BEÇAK, 2008).

Inobstante o debate doutrinário acerca da rigidez formal da separação dos poderes proposta por Montesquieu, é cediço o entendimento que o faz com o intuito de limitar a atuação do Estado como forma de estancar abusos de poder.

Hans Kelsen entende que a separação de poderes “designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções” (KELSEN, 1992, p. 263).

É mister salientar que Montesquieu foi um dos principais difusores da teoria da separação de poderes, abordando densamente a matéria em seus inscritos, contudo não foi o primeiro. Na obra Política, Aristóteles já percebia e analisava a existência de três funções que intrinsecamente compunham o poder do soberano. Nesse sentido, escreve (ARISTÓTELES, 1991, p. 113):

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.

(...)

O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.

Inobstante a percepção quanto a existência de funções desenvolvidas pelo poder soberano de Aristóteles, a teoria da separação de poderes passou a ser adotada na prática no bojo do sistema governamental Inglês, marcando o final da idade média, frente a predominância dos regimes monarcas observados à época na

Europa. Tal fenômeno deriva-se da antecipada experiência de limitação do poder real mediante as imposições escritas da carta magna de 1215, que instituiu o parlamento, bem como efeitos da Revolução Puritana e da instalação do governo Commonwealth (ÁVILA, 2012).

Conclui-se, portanto, que a separação de Poderes constitui verdadeiro postulado para democracia, pois é pressuposto para a existência de uma constituição democrática, visto que modela e reparte competências entre os três poderes, de forma que apenas conseguem agir quando em harmonia uns com os outros.

É mister salutar o fato de que muito embora a Constituição preveja certo grau de independência, a divisão de poderes decorre de aspectos funcionais, contudo sua essência é una. Não existe uma trindade de poderes, mas sim uma unidade constituída por três poderes distintos.

Resta cediço o entendimento quanto à supremacia e a unicidade da Constituição, de forma que a divisão de poderes é a sistemática adotada pelo poder constituinte para assegurar a democracia de determinada nação, gravada por cláusula pétrea. Nesse sentido, tanto a reforma formal quanto a reforma interpretativa da norma constitucional devem observar a harmonia entre poderes, sob pena de lesionar o princípio da conformidade funcional e o bom desenvolvimento de tais poderes.

4.3 OS EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM VIA INCIDENTAL

O controle difuso de constitucionalidade pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal. Sem embargo, os efeitos do referido controle seguem a mesma lógica dos requisitos para aplicação do método de controle.

Se o controle difuso de constitucionalidade se manifesta apenas na existência de um caso concreto, onde a inconstitucionalidade é arguida de modo incidental, sendo a análise de tal arguição imprescindível pra resolução da lide, nada mais lógico que os efeitos da referida decisão somente alcancem as partes envolvidas no litígio.

Os efeitos da sentença são, sem sombra de dúvida, a principal antonímia entre as modalidades difusa e concentrada do controle de constitucionalidade. Enquanto na modalidade abstrata a decisão gere eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, no controle em via incidental as decisões tem efeito *Inter partes*, alcançando somente as partes envolvidas na lide e o processo.

As decisões em via incidental do controle difuso geram efeitos *ex tunc*, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade atinge toda a existência do ato. Pelo próprio silogismo da palavra, a decisão não confere inconstitucionalidade do ato, mas apenas declara. E uma vez declarada, o ato torna-se inválido, e por decorrência, todos os atos que dele derivarem também.

Uma vez que um juiz ou tribunal declara incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, todos os corolários jurídicos que dela decorrerem são também inconstitucionais, por tanto, nulos e ineficazes. Contudo, graças a decisão gerar apenas efeitos inter partes, a nulidade das consequências da declaração somente atinge as partes integrantes da lide (MORAIS, 2017).

Os efeitos da decisão em via incidental do controle difuso podem ser observados sobre o prisma da subjetividade e da objetividade. Sobre o tema, leciona Barroso (BARROSO, 2016, p. 103):

Transitada em julgado a decisão, isto é, não sendo mais impugnável por via de recurso, reveste-se ela da autoridade da coisa julgada. Sua eficácia subjetiva, no entanto, é limitada às partes do processo, sem afetar terceiros (CPC, art. 472). Por outro lado, o objeto da causa é demarcado pelo pedido formulado, não podendo o pronunciamento judicial estender-se além dele. Portanto, a eficácia objetiva da coisa julgada é limitada ao que foi pedido e decidido, sendo certo que é a parte dispositiva da sentença (CPC, art. 458), na qual se contém a resolução das questões postas, que recebe a autoridade da coisa julgada.

Percebe-se por tanto dois aspectos componentes do prisma de efeitos do controle difuso de constitucionalidade: os limites objetivos e subjetivos da decisão. Passa-se então a análise de ambos os pontos.

Sobre a eficácia subjetiva da decisão, Luíse Leite Guimarães (GUIMARÃES, 2016) leciona que inobstante a vinculação do judiciário e executivo, esta não atinge a atividade legiferante do Estado. Isto é, a interpretação constitucional confeccionada pelo STF não vincula a atividade de outros interpretes legitimados do texto constitucional.

Nessa senda, o poder legislativo é um dos poderes imbuído de competência para atuar como intérprete da constituição, de forma que poderia, por exemplo, editar lei que verse sobre matéria até então julgada como inconstitucional, observada a Supremacia e a Harmonia da Constituição. É perceptível que o legislativo atua como intérprete da constituição, pois a essência da sua atividade deve observar a Supremacia e a Harmonia da constituição (GUIMARÃES, 2016).

A supracitada autora escreve que a Constituição é omissa quanto aos limites objetivos da sentença (GUIMARÃES, 2016), de forma que preteritamente mister é a compreensão dos liames que compõe a sentença bem como entender como a matéria é tratada no ordenamento.

Diante do silêncio constitucional, o tema foi tutelado por lei infraconstitucional, na redação do artigo 489 e incisos do Código de Processo Civil de 2015, onde se elencou como elementos essenciais da sentença o a) relatório; b) os fundamentos e c) os dispositivos.

O relatório trata-se de um resumo do processo desde sua origem, contendo os nomes das partes, a identificação do caso, a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no curso do processo.

Os fundamentos representam o método e contornos adotados pelo prolator da sentença ao analisar as questões de fato e de direito. Trata-se de verdadeira motivação do dispositivo da sentença. É a expressão escrita da compreensão subjetiva do aplicador do direito quanto aos temas inerentes a análise do caso, perpassando de forma clara e concisa a aplicação do direito ao caso concreto, resultando no dispositivo, a última parte da sentença.

Já o dispositivo é a parte julgada. Também nominada de conclusão, é a parte da sentença na qual o juiz resolverá as questões apresentadas aplicando o direito ao caso concreto. A parte dispositiva é o *decisum* do processo, a expressão final da aplicação do direito ao caso concreto.

Com o entendimento das partes que compõem a sentença, permite-se vislumbrar com mais clareza quanto à vinculação objetiva da decisão. Em lógica com as raízes do *Civil Law* no Direito brasileiro, a doutrina clássica entende que apenas a parte dispositiva, por conter a conclusão, é dotada de efeito vinculante.

Ocorre que inobstante os efeitos gerados pela declaração incidental de inconstitucionalidade, o legislador constituinte previu, pela redação do artigo 52, inciso X, um mecanismo que permite a modulação de tais efeitos. O tema será abordado com a devida minúcia no próximo tópico.

4.4 A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PELO SENADO FEDERAL DE LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF EM VIA INCIDENTAL

A suspensão da execução de lei declarada inconstitucional na via incidental foi o mecanismo elencado pelo legislador constituinte para que se atribua efeito vinculante.

A matéria é tratada de forma taxativa pelo texto constitucional, onde tem-se que pela redação do artigo 52, inciso X, compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

À luz do controle de constitucionalidade difuso, é cediço o entendimento de que a decisão do Supremo Tribunal Federal gera efeito *inter partes* e *ex tunc*. Contudo, o legislador constituinte previu a possibilidade da modulação de tais efeitos.

Em simetria com a cláusula de Reserva de Plenário e com fulcro na harmonização da norma constitucional, declarada a inconstitucionalidade de uma lei em via incidental e no bojo de um caso concreto, o STF oficializará o Senado Federal da decisão para que este, caso julgue necessário, confeccione uma resolução suspendendo a execução da lei ou ato objeto da declaração.

Esse mecanismo, inicialmente adotado pela Constituição de 1934 e mantido no corpo normativo da Constituição de 1988, proporciona verdadeira expansão dos efeitos da decisão em controle difuso, haja vista transmutar o efeito *inter partes* em *erga omnes*, ao passo que suspende parcial ou totalmente a execução da lei objeto do controle (MORAIS, 2016).

É mister salientar que ato de conferir efeito vinculante à decisão do Supremo Tribunal Federal é discricionário da atividade legiferante do Senado Federal. Cabe a esse, mediante análise de conveniência com fulcro no equilíbrio, isenção e prudência, bem como o interesse da maioria. Nesse sentido, entende Alexandre Morais que “A declaração de inconstitucionalidade é do Supremo, mas a suspensão é função do Senado” (MORAIS, 2016, p.526).

Sobre a função do Senado na atribuição de efeito vinculante à declaração incidental do STF, Barroso escreve que (BARROSO, 2016, p.107):

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos

Sem sobra de dúvidas, desde o surgimento no ordenamento brasileiro da ação de inconstitucionalidade, por meio da EC n. 16/65, bem como a expansão do sistema de controle abstrato, o supracitado mecanismo caiu por desuso, frente à amplitude da ação direta de constitucionalidade, sendo inclusive objeto de diversos debates doutrinários quanto aos limites e objetivos do legislador constituinte ao atribuir ao Senado tal função.

Os críticos da função do Senado na suspensão de lei declaram entender que se a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade já é dotada de efeito vinculante *erga omnes*, pela lógica jurídica, a decisão em sede de controle difuso deveria gerar os mesmos efeitos.

Ocorre que outra parcela da doutrina entende que tal entendimento se choca com o princípio Supremacia da norma constitucional e os pressupostos de sua interpretação, de modo que o tema é frequentemente objeto de fervorosos debates entre juristas.

4.5 A TEORIA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO E A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO INCISO X DO ARTIGO 52 DA CF/88

A teoria da abstrativização do controle difuso propõe a expansão dos efeitos do controle abstrato de constitucionalidade para a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público.

Do axioma da expressão abstrativização se extrai o entendimento de que abstrativizar significa conferir aspecto abstrato a algo concreto, isto é, dar roupagem de abstrato a algo essencialmente concreto. “Por Abstrativização entende-se a gradativa utilização dos instrumentos do controle difuso de constitucionalidade como sucedâneos para aplicação de efeitos inerentes à decisão proferida em controle abstrato, inerentes à análise em tese da norma infraconstitucional” (DIDIER JR, 2007, p.105)

A disseminação dos ideais da teoria no Brasil se deu em grande parte por Gilmar Ferreira Mendes, principal difusor do tema, cuja tradição jurídica perpassa os fundamentos do direito europeu, sobretudo dos dogmas e princípios do direito alemão, berço dos ideais de controle de constitucionalidade abstrato e os tribunais constitucionais.

Com base na tradição jurídica alemã, marcada pelos tribunais constitucionais e o controle abstrato de constitucionalidade, Gilmar Mendes propõe uma mutação constitucional nos efeitos da decisão incidental que declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo do poder público.

Toma por base o entendimento de que se faz necessário a uniformização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tanto no controle difuso quanto no concentrado, conferindo mais autonomia ao Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, Gilmar Mendes escreve sobre a tendência do Supremo Tribunal Federal de aproximar os efeitos do controle difuso e concentrado de constitucionalidade, a fim de conferir mais harmonia as decisões em ambas modalidades de controle (MENDES, 2006, p. 23):

Pelo exposto, constata-se tendência — ainda que fragmentária — à adoção de um sistema aproximado a modelos concentrados de controle de constitucionalidade. Para tanto, fazem-se necessários, entre outros, os seguintes aprimoramentos:

[...] desenvolvimento da eficácia geral das decisões do Supremo Tribunal Federal (eficácia *erga omnes*, com a conseqüente supressão do obsoleto inciso X do art. 52 da Constituição Federal), a possibilitar a redução do colossal número de feitos que ameaçam inviabilizar o funcionamento da Corte;

O legislador constituinte, ao estipular o sistema de controle de constitucionalidade, delegou ao Supremo Tribunal Federal a função de uniformizar a jurisprudência do ordenamento jurídico. Trata-se da função mantenedora da unidade e harmonia constitucional, a qual o faz com fulcro no princípio da justiça, da hermenêutica constitucional.

Tal entendimento é positivado, inclusive, na redação do artigo 102, § 2º da Constituição Federal de 1988, que versando sobre as competências do Supremo Tribunal Federal, confere à decisão terminativa de mérito nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade (controle abstrato de constitucionalidade) eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Nesse sentido, Gilmar Mendes propõe a mutação constitucional na redação do inciso X do artigo 52 da CF de 88. O dispositivo confere ao Senado Federal a possibilidade de, mediante ofício, modular os efeitos da declaração incidental de constitucionalidade, conferindo efeito vinculante e *erga omnes*. Pela redação do

artigo, o STF apenas declara a inconstitucionalidade de uma lei, cabendo ao Senado Federal, por ato discricionário, conceder efeito vinculante.

Paulo Henrique Drummond Monteiro, sobre os fundamentos utilizado para justificar a tendência à abstrativização do controle difuso pelo STF, escreve (MONTEIRO, 2009, p. 07):

Essa interpretação tem fundamento na sustentação por parte dos estudiosos do modelo continental de controle de constitucionalidade de que o movimento de ampliação do sistema concentrado pela constituição de 1988 e pela legislação que se seguiu restringiu sobremaneira a função do controle difuso. Nesse sentido, seria necessário atualmente compreender a presença desse sistema no país como mero complemento ao controle concentrado. Nessa medida, os efeitos da decisão do STF em sede de recurso extraordinário devem alcançar os mesmos objetivos daquele proferido sede de ADI

Conforme a proposta da mutação, onde lê-se, no corpo do supracitado artigo, que cabe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, deve-se interpretar que ao referido órgão recai o ônus de apenas dar mais publicidade a decisão, contudo o efeito vinculante decorre da própria decisão do plenário da excelsa corte (MENDES, 2006).

A parcela da doutrina contrária à abstrativização do controle difuso argumenta que a proposta lesiona cláusula pétrea sobre a separação dos poderes, pois confunde os dos modelos distintos propostos pelo legislador constituinte. Nesse sentido entende Monteiro que “Ridicularizar o papel do Senado dando poderes ao STF de manipular os efeitos de sua decisão é colocar em causa a integridade do sistema e de seus institutos, como a coisa julgada e os princípios constitucionais do processo” (MONTEIRO, 2007, p. 07)

A Teoria em questão é de grande valor a ordem Constitucional, vez que proporciona maior dinamismo ao judiciário, especialmente quanto às atribuições do Supremo Tribunal Federal frente à realidade da sobrecarregada processual existente no STF, como no judiciário como unidade, haja vista as mais variadas atribuições que a Constituição de 1988 delegou ao órgão.

Contudo, encontra embargo quanto às limitações que a mutação constitucional encontra. Se a atuação legiferante do Estado encontra limites nas cláusulas pétreas, tal limitação se estende ao objeto da propositura da mutação constitucional. Trata-se do princípio da justeza ou da conformidade funcional, de forma que a inobservância de tal princípio compromete o saudável funcionamento do estado.

4.6 O INFORMATIVO N. 886 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Periodicamente, diante do julgamento de algum processo emblemático, o Supremo Tribunal Federal confecciona e publica um informativo contendo um resumo da decisão. Os informativos são verdadeiros boletins elaborados a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário, contém resumos não-oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal.

O informativo número 886 do STF resume os fatos ocorridos no período entre 27 de novembro e 01 de dezembro de 2017, e aborda diversos julgados. Para a presente pesquisa, faz-se a análise do tema “ADI: amianto e efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade”.

Em síntese fática, primeiramente o informativo aborda o julgamento do STF no bojo de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra a Lei estadual nº 3.579 de 2001, fruto do legislativo do estado do Rio de Janeiro, dispositivo que proíbe a extração do asbesto/amianto no território do ente, bem como prescreve outras providências para a substituição progressiva da produção e comercialização de produtos derivados do componente objeto da lei. Na ocasião o STF entendeu pela improcedência dos pedidos formulados na ADI.

Na sequência o informativo versa sobre a declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei federal nº 9.055 de 1995, com efeito vinculante e *erga omnes*. O referido artigo já foi objetivo da ADI 3.937/SP, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, da ação restou declarada também, por via incidental, a inconstitucionalidade do dispositivo.

O cerne dos debates tem como ponto de maior tensão a expansão dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade da lei por maioria absoluta da referida corte.

Conforme abordado no tópico específico, o controle difuso de constitucionalidade pode ser realizado perante qualquer juiz ou tribunal, uma vez observada a cláusula de reserva de plenário. A decisão que declara inconstitucionalidade por via incidental de lei ou ato normativo gera efeitos *ex tunc* e *inter partes*, vinculando apenas os integrantes do processo.

Nesse sentido tem-se a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, mecanismo criado pelo legislador constituinte no inciso X do artigo 52 da CF, que

confere ao Senado Federal a competência para mediante ofício do STF sobre o julgado, suspender a execução, no todo ou em parte, da Lei ou ato objeto da declaração.

Contudo, a decisão que atribuiu efeito vinculante a declaração incidental de inconstitucionalidade encontra razão de ser na necessidade de se compreender a Constituição como unidade. Nesse sentido, o informativo escreve sobre a manifestação do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2017):

A partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental. O ministro Gilmar Mendes observou que o art. 535 do Código de Processo Civil reforça esse entendimento. Asseverou se estar fazendo uma releitura do disposto no art. 52, X), da CF, no sentido de que a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que ele faça a publicação, intensifique a publicidade.

Observa-se portanto os ditames do parágrafo 5º do artigo 535 do Código de Processo Civil, que versa sobre a possibilidade de impugnação a execução mediante arguição de inexecutabilidade do título ou da inexigibilidade da obrigação, considerando também como inexigível “a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso”.

Sem embargo, a redação do parágrafo 6º do supracitado artigo permite a modulação no tempo dos efeitos da decisão por parte do Supremo Tribunal Federal, desde que imprescindível para a segurança jurídica.

Salienta-se, ainda, nos parágrafos 7º e 8º, que para que se gere os efeitos do parágrafo 5º a decisão do STF deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda, caso contrário caberá ação rescisória, com a contagem de prazo iniciando na data do trânsito em julgado da decisão do STF.

Em essência, extrai-se da redação do artigo 535 do CPC a valoração quanto à harmonia jurisprudencial do controle difuso e concentrado, com fulcro na segurança jurídica, permitindo, inclusive, a modulação no tempo dos efeitos da decisão do STF,

Sobre a expansão dos efeitos, a leitura do ministro Celso de Mello da ocasião aponta para a existência de verdadeira mutação constitucional nos poderes do STF

em matéria de jurisdição constitucional. Trata-se, portanto, de uma interpretação que extrai do Senado Federal a atribuição de conferir efeito vinculante a decisão incidental da corte, restando a essa a função de apenas dar publicidade, transpassando a eficácia vinculante para a decisão do STF.

Nesse sentido, segundo a transcrição do informativo segue trecho dos entendimentos dos ministros durante a sessão:

A ministra Cármen Lúcia, na mesma linha, afirmou que a Corte está caminhando para uma inovação da jurisprudência no sentido de não ser mais declarado inconstitucional cada ato normativo, mas a própria matéria que nele se contém. O ministro Edson Fachin concluiu que a declaração de inconstitucionalidade, ainda que incidental, opera uma preclusão consumativa da matéria. Isso evita que se caia numa dimensão semicircular progressiva e sem fim. E essa afirmação não incide em contradição no sentido de reconhecer a constitucionalidade da lei estadual que também é proibitiva, o que significa, por uma simetria, que todas as legislações que são permissivas — dada a preclusão consumativa da matéria, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 2º da lei federal — são também inconstitucionais.

Trata-se, por tanto, do reconhecimento da preclusão consumativa da matéria, prevalecendo o entendimento de que resta declarado inconstitucional não só o ato normativo concreto, mas a própria matéria objeto do processo.

Tal entendimento é estranho ao ordenamento brasileiro haja vista sua essência fundamentada na tradição do *civil law*, porém resta salientar sobre a tendência do ordenamento de cada vez mais buscar fundamentação na essência do *common law*, declarando a inconstitucionalidade não só de lei ou ato praticado, mas da matéria como cerne do processo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sobre o Supremo Tribunal Federal, inobstante suas diversas outras competências, recaiu a atribuição de efetivamente executar o controle de constitucionalidade judicial das Leis e atos normativos, por intermédio de mecanismos que viabilizam a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo objeto da análise, com meio de efetivar a segurança jurídica e a unidade constitucional, bem como uniformizar o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta senda, recaí sobre o STF a função de afastar a eficácia de dispositivos conflitantes com a constituição, o qual faz por meio da declaração de inconstitucionalidade, seja pelo controle difuso ou concentrado.

Imbuída de competência para executar o controle, a supracitada corte pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo tanto pela via direta, também chamada de controle abstrato ou concentrado; ou pela via difusa, também conhecida como controle incidental ou concreto. Inobstante as características inerentes à execução das modalidades de controle, suas dessemelhanças podem ser observadas nos efeitos gerados pela decisão.

A presente pesquisa buscou entender com mais profundidade como a jurisprudência entende os efeitos da decisão do STF em via incidental à luz das mudanças de posicionamento expressas no informativo número 886 do STF, boletim que informa as decisões tomadas pela corte no bojo de processos relevantes ou de grande repercussão.

Como cerne da pesquisa, buscou-se compreender as limitações ao instituto da mutação constitucional e sua aplicação quanto à alteração do entendimento do artigo 52, inciso X da Constituição de 1988, sob o prisma da constitucionalidade, entendimento firmado por maioria absoluta do plenário da suprema Corte, da qual restou expandidos os efeitos da decisão incidental de inconstitucionalidade proferidos pela maior instância do Poder Judiciário.

Como resultado, conclui-se que o fenômeno da mutação constitucional, fruto da hermenêutica constitucional, estudo que guia a atividade interpretativa realizada no bojo dos órgãos legitimados pelo poder constituinte, representa um verdadeiro mecanismo facilitador da atualização do texto normativo, haja vista a ineficiência do poder reformador em tutelar temas inerentes ao dinamismo social e que demandam urgência de tutela, frente à rigidez do processo constitucional legislativo.

É mister salientar que independente da cláusula de reserva de plenário, ainda assim a mutação constitucional é o método mais eficiente para que se altere o sentido de determinado dispositivo constitucional, e, como uma faca de dois gumes, é o método mais suscetível a corrupção de influências alheias à vontade geral da nação, bem como possibilita tal viés do ativismo judicial, tão prejudicial à segurança jurídica.

Ocorre que o legislador constituinte, ao distribuir as competências dos poderes, delegou ao legislativo a função de editar e reformar o corpo normativo, ao passo que grava determinados temas com cláusula pétrea, limitando a atividade legiferante.

Nesse sentido, a mutação também é um mecanismo de reforma da constituição, e assim sendo, encontra como limitação a mesma que vincula a atividade do legislativo: a observação das cláusulas pétreas.

Compreende-se, portanto, como resultado da pesquisa, que a mutação constitucional do inciso X do artigo 52 da Constituição de 1988 é inconstitucional, por lesionar o princípio da conformidade funcional e da supremacia da Constituição, vez que trata de matéria gravada por cláusula pétrea.

Contudo, muito embora restar inconstitucional, busca-se a compreensão de tal entendimento nos escritos de Aristóteles, ao observar as funções que contornam o intrínseco e efetivo poder dominante.

Percebe-se que a separação dos poderes é meramente organizacional, contudo o poder é uno: se um dos poderes se omite de suas funções, como a unidade não permite lacuna, outro poder se ocupará de tal função.

Mesmo que inconstitucional, a mutação do inciso X do artigo 52 da carta magna é de grande valia à ordem constitucional, pois surge da necessidade de harmonizar os efeitos das decisões incidentais de inconstitucionalidade tanto em controle difuso quanto no concentrado.

A abstrativização do controle difuso proporciona fundamentada harmonização entre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade tanto na via direta quanto na incidental. Representa um grande apoio à função jurisdicional desenvolvida pelo STF, vez que altera a interpretação da norma constitucional com fulcro na celeridade e economia processual, objetivando diminuir o processo positivado pelo legislador constitucional para a expansão dos efeitos do controle difuso.

Entende-se que a expansão dos efeitos da declaração do STF de inconstitucionalidade em via incidental diminuirá o número de recursos levados ao apreço da suprema corte, vez que configura uma expansão da tutela jurisdicional,

dirimindo incertezas quanto o objeto das lides, haja vista não depender da morosidade do Senado Federal na concessão do efeito erga omnes.

A presente pesquisa não possui a intenção de esgotar o tema estudado, mas tão somente fomentar a discussão quanto a origem e competência do STF à luz da mutação constitucional ocorrida no artigo 52, inciso x da CF, a qual expandiu os efeitos da decisão da corte em via incidental.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, André Cambuy. **O ativismo judicial e a separação dos poderes em Montesquieu: uma releitura necessária no Brasil**. Revista do Instituto brasileiro de Direito Público, 2011.
- BARBOSA, Marília Costa. **Revisão da Teoria da Separação dos Poderes do Estado**. Rev. Cient. Fac. Lour. Filho. V. 5, n. 1, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Rev. dir. adm. Rio de Janeiro, 232: 141-176. Abr./jun. 2003.
- BEÇAK, Rubens. **A Separação dos Poderes, o Tribunal Constitucional e a “Judicialização da Política”**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 103. p. 325-336, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros editores, 1997.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra : Almedina, 1991.
- COELHO, Inocêncio Martires. **Métodos e princípios da interpretação constitucional**. Rev. dir. adm. Rio de Janeiro, out/dez, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FILHO, Nagib Slaibi. **Breve história do controle de constitucionalidade**. Revista da EMERJ, v. 5, n. 20, 2002.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de direito constitucional brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GONÇALVES, Humberto Magno Peixoto. **A Revisão da Teoria da Separação de Poderes de Montesquieu e a Crise dos Estados Ocidentais**, 2012.
- GUEDES, Juliana Santos. **Separação dos Poderes? O Poder Executivo e a Tripartição de Poderes no Brasil**. Disponível em <https://www.unifacs.br> > arquivo > edicao_fevereiro2008 > discente > dis16 de JS Guedes. Acesso em: 05 de nov. de 2019.
- GUIMARÃES, Luís Leite. **Teoria da transcendência dos motivos determinantes no direito brasileiro: análise constitucional**. Orientador: Flávia Bahia. Trabalho de

conclusão de curso (bacharel em direito) Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016.

JOOS, Allan Montoni. **A transcendência dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade em controle concreto: a teoria da abstrativização do controle difuso. Direito e realidade.** V.5, n.3, p. 30-50, 2017.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade.** 9 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

KELSEN, Hans. **La garanzia giurisdizionale della costituzione, in La giustizia costituzionale,** Milano: Giuffrè, 1981.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KIMURA, Alexandre Issa. **Hermeneutica e interpretação constitucional.**

Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/499_arquivo.pdf. Acesso em 20 de out. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** São Paulo: Saraiva. 2011, p. 433.

MAXIMILIANI, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direito constitucional: módulo V.** Caderno de direito constitucional, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: Um caso clássico de mutação constitucional.** Direito público n.4. abr.-maio-jun/ 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas.** Revista jurídica virtual, Brasília, vol. 1, n. 1, maio 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEYER, Samanta Ribeiro. **A interpretação constitucional, suas especialidades e seus interpretes.** Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima5/Samantha-Ribeiro-Meyer-Pflug.pdf>. Acesso em: 20 de out. 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do Espírito das Leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret. 2010, p. 168-169.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. Ed. Rev. e atual. Até EC nº 95 de 15 de dezembro de 2016- São Paulo: Atlas, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. ver. ampl. E atual. Salvador: ed. Juspodivm, 2016.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PEDRA, Adriano Santana. **Teoria da mutação Constitucional: Limites e possibilidades das mudanças informais da constituição a partir da teoria da concretização**. Orientador: prof. Doutor André Ramos Tavares. Tese (doutorando em direito) - Universidade Católica de São Paulo, 2009.

PELICIOLI, Angela Cristina. **A Atualidade da Reflexão sobre a Separação dos Poderes**. Revista de Informação Legislativa, ano 43., n. 169, Brasília, jan/ março de 2006.

PINTO, José Guilherme Berman. **Supremacia judicial e controle de constitucionalidade**. DPU nº 31. Jan- Fev, 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Adriana Martins. **Hermeneutica e interpretação em Kelsen**. Direito em Debate. n. 19, jan/ jun. 2003.

SILVA, Cristine Oliveira da. **Interpretação constitucional**. Orientador: Gilmar Ferreira Mendes. Dissertação (Mestranda em direito) - Universidade Federal de Brasília- DF, 1998.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Virgílio. **Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**. São Paulo: Malheiros, 2005: 115-143.