

Paulo Roberto Cavasana Abdo

**LIMITAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA PARA
PROPOSITURA DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE: O MAL QUE ALICERÇA O
FECHAMENTO DO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO**

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba-SP
2009**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Paulo Roberto Cavasana Abdo

**LIMITAÇÕES DA LEGITIMIDADE ATIVA PARA A
PROPOSITURA DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE: O MAL QUE ALICERÇA O
FECHAMENTO DO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito à Banca Examinadora do Centro Universitário Toledo sob a orientação do Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado.

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba-SP
2009**

ABDO, Paulo Roberto Cavasana

Limitação da legitimidade ativa para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade: o mal que alicerça o fechamento do sistema normativo brasileiro/Paulo Roberto Cavasana Abdo; orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado, SP [s.n.], 2009. 93 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO.

1. Sistema constitucional; 2. Teorias; 3. Artigo 103 da Constituição Federal; 4. Fechamento do Sistema.

CDD: 341.201

Paulo Roberto Cavasana Abdo

**LIMITAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA PARA A PROPOSITURA DA
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: O MAL QUE
ALICERÇA O FECHAMENTO DO SISTEMA NORMATIVO
BRASILEIRO**

Banca examinadora da Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito da UNITOLED, para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

ORIENTADOR: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

Araçatuba, ____ de _____ de ____

ABDO, Paulo Roberto Cavasana. Limitação da legitimidade ativa para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade: o mal que alicerça o fechamento do sistema normativo brasileiro. 93 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, 2009.

RESUMO

Este trabalho trata da análise do sistema constitucional, considerando-o como instrumento de efetividade das normas superiores, posto que busca promover a amplitude da interferência constitucional, com o escopo de aproximar os conceitos quase sempre distanciados de “Constituição” e “razão social”. Inclui a visão e o desenvolvimento das correntes doutrinárias. Apresenta características do ordenamento jurídico nacional. Expõe ao final, o artigo 103, *caput*, da Constituição Federal, como instrumento de fechamento do sistema constitucional.

Palavras chaves: Sistema constitucional; Teorias; Artigo 103 da Constituição Federal; Fechamento do sistema.

ABDO, Paulo Roberto Cavasana. Limitação da legitimidade ativa para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade: o mal que alicerça o fechamento do sistema normativo brasileiro. 93 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, 2009.

ABSTRACT

This work is about the constitutional system analysis, considering it as an instrument of the superior rules efficiency, seeing its search to promote the width of the constitutional interference, with the aim to approach the almost ever distant concepts of “constitution” and “social reason”. It includes the vision and the development of the doctrinal chains. It shows characteristics of the national juridical ordainment. It states at the end, the article 103, caput, of the Federal Constitution, as a closing instrument of the constitutional system.

Word-key: Constitutional system; Theories; Article 103, caput, of the Federal Constitution; Closing of the system.

ABDO, Paulo Roberto Cavasana. Limitação da legitimidade ativa para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade: o mal que alicerça o fechamento do sistema normativo brasileiro. 93 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Toledo - UNITOLEDO, 2009.

RESUMEN

Este trabajo trata sobre el análisis del sistema constitucional, por considerarlo como un instrumento de la eficacia de las normas más altas, como trata de promover la amplitud de la interferencia constitucional con el objetivo de llevar los conceptos a menudo lejos de "Constitución" y "razones sociales". Incluye la visión y el desarrollo de la doctrina actual. Presenta las características del sistema jurídico nacional. Expone a la final, el artículo 103, caput, de la Constitución Federal como un mecanismo de cierre del sistema constitucional.

Palabras Clave: Sistema constitucional; Teorías; Artículo 102, caput, de la Constitución Federal; Cierre del sistema.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
-----------------	----

PARTE I

1. O ESTADO	12
1.1 O Estado e o direito	12
1.2 O Estado qualificado como moderno	14
1.3 Estado Democrático de Direitos: utopia ou realidade contemporânea?	17
1.4 Estado e o Direito Constitucional: válvulas propulsoras da democracia e alicerçadas pelo liberalismo contemporâneo.....	19
1.5 A evolução do Estado e dos direitos fundamentais: percurso de máxima importância para o destino dos povos e paz social.....	22

PARTE II

2. O SISTEMA	28
2.1 Sistema constitucional: uma nova composição do ordenamento jurídico.....	28
2.2 O caráter político e jurídico do sistema.....	31
2.3 Princípio da Constitucionalidade: o espírito que acompanha cada uma das normas	33
2.4 Texto constitucional: normatização do <i>ser</i> ou simples reflexo do <i>dever ser</i>	35
2.5 Breves anotações sobre as teorias do sistema.....	38
2.6 A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann	40

PARTE III

3. SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	45
3.1 A implantação de um sistema constitucional e o risco da inversão de seus alicerces: jurídico e político.....	45
3.2 A composição do sistema constitucional brasileiro: abertura e fechamento.....	48
3.3 O exercício do poder reformador: instrumento que dá vida e promove a evolução do ordenamento jurídico.....	53
3.4 Razoabilidade e proporcionalidade: princípios do sistema constitucional.....	55
3.5 Processo constitucional como um instrumento necessário para a efetiva abertura do sistema	60
3.6 Supremo Tribunal Federal: órgão formalizador de posições políticas ou verdadeiro Tribunal Constitucional?	62

PARTE IV

4. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE.....	66
4.1 Controle de constitucionalidade e suas espécies no cenário jurídico mundial	66
4.2 Espírito jurídico e político do controle de constitucionalidade das leis	69
4.3 O controle de constitucionalidade no Brasil: aspectos históricos e principais características da legislação vigente.....	71
4.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade: competência, legitimados e os efeitos do controle abstrato da lei.....	74
4.5 O fechamento do sistema e a violação dos ideais de um Estado Democrático de Direitos..	77
CONCLUSÕES	84
REFERÊNCIAS	85

INTRODUÇÃO

Como é cediço, o direito trata-se de uma ciência da cultura, cujo escopo primordial atine-se na regulamentação das relações sociais, destinando-se a garantir a paz e o equilíbrio entre os homens. Atentos a tais peculiaridades, o ser humano enquanto ser racional, lança mão das normas jurídicas como um verdadeiro escudo protetor de sua vida e das futuras gerações, elevando a organização dos povos como ideal a ser perseguido e alcançado ao longo de sua evolução. Há, assim, a efetiva transferência do poder a um ente soberano, surgindo os conceitos de Estado, território e soberania. Passaram a existir, também, os primeiros ordenamentos jurídicos, caracterizados, inicialmente, pela radicalidade e efetivação forçadas de suas regras.

Nos dias atuais, inexistem, em regra, preocupações quanto à tomada de poderes, criação de ordenamentos e efetivação de regras de organização social, até porque, a cultura moderna dos povos vem sedimentando tais necessidades. Entretanto, infelizmente, o Estado moderno não é sinônimo de Estado justo, muito menos, de Estado livre e igualitário, posto que a evolução de seus atos, além de gerar benefícios, também repassou novos problemas, novos obstáculos e novos desafios.

Dentre estas tendências contemporâneas, encontra-se o estudo cada vez mais pormenorizado dos sistemas, cujos conceitos se iniciariam nas ciências biológicas e exatas. Transplantadas as teorias para a ciência jurídica, o sistema vem promovendo a compreensão e principalmente alterações nas estruturas normativas e na aplicação da legislação vigente, a ponto de consagrar evoluções, novas discussões e inegáveis projeções nos ordenamentos mundiais.

Ao se analisar de forma descuidada o sistema normativo brasileiro, certamente surgirão as conclusões de ser o mesmo caracterizado pela abertura e dinamicidade, posto que o poder reformador e a própria hermenêutica jurídica são institutos promulgadores destas constatações. Entretanto, é válido neste ponto lembrar o antigo ditado popular, que há tempos nos ensinou que o rótulo de um produto nem sempre é capaz de confirmar o seu conteúdo, muito menos de garantir as suas especificidades.

Desta forma, tendo como base a análise superficial da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, cujo elemento central pauta-se na comunicação, o que se quer demonstrar com este trabalho é a falsa abertura do sistema normativo brasileiro, posto que embora tenha fornecido os instrumentos para o seu acesso, não forneceu com a mesma preocupação a legitimidade para a utilização dos mesmos. Assim, a limitação imposta pela norma no tocante ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade que, por sua vez, retirou o poder de cada um do povo de analisar a lei em tese, foi capaz de promover o real fechamento do sistema.

Face a tais ponderações, destina-se o presente estudo a revelar as reais características do nosso sistema constitucional, assim como o destino para qual estamos caminhando, a ponto de demonstrar o seu fechamento formal e conseqüente violação aos ideais de um Estado democrático de direitos.

PARTE I

1. O ESTADO

1.1 O Estado e o Direito

Desde o surgimento da vida na Terra, passando por diversos níveis de composição estrutural, o mundo vem se caracterizando por seus constantes processos de evolução. Milhares de anos se passaram e a atividade produtiva dos seres vivos vem se projetando através de diversas idealizações de estabilidade, em que os poderes antes exercidos hegemonicamente por um ou alguns privilegiados, agora, vêm sendo consumidos por condutas voltadas ao bem estar comunitário.

E este mesmo processo de evolução, por consequência lógica do destino, o qual vem sendo traçado pelos passos sofridos do homem, exerce com grande rigor as forças expansivas nas relações sociais, em que o instrumento central, que um dia se ousou denominar de “direito”, passou a ser utilizado como sendo a válvula de maior efetividade para a consagração da paz entre os povos.

Lutas foram sabiamente travadas pelos homens; inversões restaram consagradas em nossas atitudes; vidas mostraram-se cruelmente relativizadas; e poderes bastaram-se desmoralizados em curtos espaços de tempo, mas o ideal humano de sobrevivência digna em seu território se manteve solidamente protegido, isto pelo simples fato de estar esculpido na razão de cada ser vivo racional, cuja incidência ocorre desde o primeiro suspiro de uma criança, que vem do ventre de sua mãe.

E por se tratar de uma ciência da cultura, cujo escopo primordial atine-se na regulamentação das relações sociais, o direito, válvula central de nossas relações, destina-se a garantir a paz e o equilíbrio entre os homens. Atentos a tais peculiaridades, o ser humano enquanto ser racional, lança mão das normas jurídicas como um verdadeiro escudo protetor de suas vidas e das futuras gerações, elevando a organização dos povos como ideal a ser perseguido e alcançado ao longo de sua evolução. Mais do que isso, o ser humano se apega à norma como ideal de sobrevivência, garantia de estabilidade em suas relações e bem estar social.

Pautado por tais perspectivas, há a efetiva transferência do poder a um ente soberano, surgindo, portanto, os primeiros conceitos de Estado (órgão dotado de capacidade jurídica), povo (membros politicamente ativos de uma sociedade) e soberania (identificação e respeito ao poder). Surgiram também, os primeiros ordenamentos jurídicos, caracterizados inicialmente pela radicalidade e efetivação forçadas de suas regras, fatos estes decorrentes das violentas tomadas do poder que se sucederam ao logo dos velhos períodos.

Não se pode esquecer, nunca, da capacidade presente no Estado, cuja gênese se encontra na própria ordem jurídica, sendo o homem um pressuposto para tanto, isto pelo fato do direito se consubstanciar em uma relação existente entre os seres humanos. Sobre este ponto, encontram-se as lições de Georg Jellinek (2002, p. 379), ao enfatizar que:

Se o Estado é uma unidade coletiva, uma associação, e esta unidade não é uma ficção, mas uma forma necessária de síntese de nossa consciência que, como todos os fatos desta, forma a base de nossas instituições, então tais unidades coletivas não são menos capazes de adquirir subjetividade jurídica que os indivíduos humanos.

Entretanto, não há como esconder a responsabilidade primordial do Direito em relação à manutenção do Estado, posto que além de sustentar a estrutura, ele passa a ser o

responsável pelo próprio desenvolvimento de suas atividade e funções. Sobre o tema, comenta Cramsci (2002, p. 36):

Se todo Estado tende a criar e a manter um certo tipo de civilização e de cidadãos (e, portanto, de conveniência e de relações individuais), tende a fazer desaparecer certos costumes e atitudes e a dificultar outros, o direito será o instrumento para esta finalidade (ao lado da escola e de outras instituições e atividades) e deve ser elaborado para ficar conforme a tal finalidade, ser maximamente eficaz e produtor de resultados produtivos.

Desta forma, Estado e Direito representam elos de sedimentação da paz e organização social, visualizando a atividade humana como sendo uma conjuntura de formas previamente organizadas, cujo escopo central vem por privilegiar a própria existência dos povos, a ponto de identificar o seu passado, manobrar o seu presente e determinar os passos do seu futuro.

1.2 O Estado qualificado como moderno

Dita a história, ser o Estado um ente de acepções abstratas, condenado a servir como instrumento da administração, servindo sempre às questões de natureza política, assim como dos negócios públicos. Como marca registrada, observa-se o seu caráter burocrático, provenientes de excessos, muitas vezes injustificados para a conclusão de seus objetivos, assim como para a efetivação de suas decisões. Apresenta-se concretizado pela máquina administrativa e influenciado pelo caráter de seus gestores, os quais nem sempre guardam fidelidade ao povo subordinado.

Todavia, é mister considerar que tais características e descrições não revelam com a máxima fidelidade os padrões modernos de um Estado. Menos ainda, são alicerces que embora seguros, vêm envelhecendo com o passar dos tempos. Entende-se neste texto, que a

modernidade trata dos passos visíveis e positivos presentes neste organismo que a cada dia que passa, têm condições de se tornar menos abstrato. Tais passos, enérgicos e reais, seguem tendências de âmbito global, apresentam objetivos provenientes de opinião pública cada dia mais gritante e culturalmente participativa.

Mais que uma superestrutura, o Estado Moderno adquiriu poder de aglutinação, de justaposição das decisões econômicas, políticas e jurídicas. Transformou-se nos dias atuais em uma verdadeira engrenagem que conduz a força motriz do capitalismo, elegendo, desta forma, as riquezas e o poder econômico, como sendo objetivos de sua pretensão insaciável, a ponto de caracterizar-se não apenas como Estados de Direito, porém agora, como sendo Estados de Direito e do Capital.

Ressalva-se sempre a presença do direito, pois, o Estado Moderno, ainda mais com esta nova configuração, não o exerce por meio de leis de caráter autoritário ou voltadas simplesmente ao desenvolvimento de desigualdades e de acúmulo de capital. Ao contrário, o direito também existe neste mundo de ramificações capitalistas, cuja forma de elaboração jurídica é bem adequada à democracia representativa. Mais que a busca por riquezas, a ordem deve sempre preponderar, posto que, do contrário, pouco restará a não ser uma batalha de todos contra todos.

Partindo desse pressuposto, a legislação presente no Estado seria expressa de certa austeridade¹. Como revela a doutrina de Vecchio (2005, p. 16):

Essa vontade, se bem que, em certo sentido, nova e mais alta, não é, todavia, diferente, na raiz, da que pertence aos sujeitos individualmente. Cada um deles pode, e até deve, por sua natureza, superar na sua consciência o seu eu empírico, reconhecer a subjetividade alheia e olhar a si mesmo sob a espécie de austeridade.

¹ A palavra “austeridade” está empregada como sinônimo de severo e rígido em caráter.

Fala-se também de Estado de Direito e não Estado Absoluto, o império e da soberania da lei e não do poder absolutista de um só. Ainda sobre o tema, segue a posição da doutrina de Vecchio (2005, p. 17):

Pode, portanto, e deve, conceber e querer o direito como organização transubjetiva ou metaegoística. A diferença entre este modo de apresentar-se do direito 'in interiori homine', como num microcosmo, e aquele em que se nos oferece todo desdobrado na realidade histórica e social é justamente uma diferença de modo ou, preferindo-se, de grau, não de substância.

De outro lado, é válido mencionar que, diante deste novo papel do Estado, continua a concentração de poder e a centralização da produção, isto como forma política e jurídica de controle, dominação e reedificação do trabalho. Entretanto, há inegáveis sutilezas, formas honestas de operacionalização, sem que ocorra qualquer descontrole ou disfunção de seus atos. Sobre o tema, Mészáros (2002, p. 123) apresenta que:

[...] a articulação do Estado, aliada aos imperativos metabólicos mais intensos do capital, significa simultaneamente a transformação das forças centrífugas destrutivas num sistema irrestringível de unidades produtivas, sistema possuidor de uma estrutura de comando viável dentro dos tais microcosmos reprodutivos e também fora de suas fronteiras.

No tocante à atividade jurisdicional do Estado moderno, sua atuação se volta para o recebimento das pretensões do cidadão, diante do princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário em caso de ameaça ou lesão a direito, sendo a justiça um monopólio estatal na medida em que veda ao indivíduo, como regra, quaisquer possibilidades de exercício arbitrário de suas razões.

Trata-se de um marco obtido através de experiências assustadoras, em que preponderavam a desproporção, autoritarismo e o corporativismo exarcebado. Desta estrutura decorre uma necessidade de se proporcionar um amplo direito ao acesso à jurisdição, que se apresenta em três fases: a) o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; b) a eficiência, a prontidão da resposta estatal, a demanda da jurisdição; c) a eficácia da decisão jurídica.

Deste modo, busca-se demonstrar com este texto que, em plena era de expansão global, o Estado Moderno vem se portando como pré-requisito do capital e não um mero reflexo político jurídico, tendente a promover simplesmente os ideais de seu povo, fato este que representa um verdadeiro marco de transição, evolução e avanço nas relações entre os seres humanos. Quanto a sua atividade jurisdicional, é necessário reconhecer a efetividade dos sistemas implantados, que se ainda não são perfeitos diante dos ideais pregados por um Estado verdadeiramente de Direitos e Democrático, vem seguindo tendências mais humanas e focadas na busca constante da paz entre os povos.

1.3 Estado Democrático e de Direitos: Utopia ou Realidade Contemporânea?

Temas de grande sucesso da literatura política e sociológica vêm buscando na maioria das vezes, visões de cunho imediatistas, orientadas por destinos cada vez menos coerentes e caminhos nunca antes imagináveis. Surge, nesse ponto, padrões de caráter elitista, que se utilizam de conceitos basicamente teóricos como válvulas de direcionamento popular, formulando pretensões, às vezes, pouco dominantes, mais de magnífico poder estruturante e concretizador.

Todavia, em que pese à prática literária, amplamente abstrata até provas em contrário, importante notar o verdadeiro papel nos dias de hoje de conceitos tão importantes como o da democracia e dos direitos, este último, entendido neste ponto como liberdades públicas concedidas em nossas vidas. Apresenta, assim, um momento precioso para se colocar em xeque a veracidade e amplitude das nossas vidas abaixo do ente soberano e porque não, a partir desse ponto, traçar os sucessos e insucessos desse modelo tão coerente.

Ponto de grande discussão trata-se da real amplitude da democracia, assim como dos direitos prometidos. Sabe-se, até em razão de tropeços sentidos à flor da pele que, a influência democrática exercida como instrumento de controle ao poder público, sempre perseguiu caminhos obscuros, até mesmo inexplicáveis, isto rumo à consagração da vitória de um dos concorrentes. Da mesma forma, os direitos como normas de natureza limitadora também possuem seus vitoriosos, posto que a todos não poderiam ser concedidos. Assim, não há como concluir que os objetivos mais puros deste modelo estão sendo atingidos, e neste ponto, até em homenagem ao nível deste trabalho, prefere-se acreditar que a derrota é uma questão matemática, posto que o ser humano se socorre sempre, por condutas incontroláveis.

Ademais, Paulo Bonavides *apud* Willis Santiago Guerra Filho (2001, p. 199), identifica o Estado de Direito como sendo uma garantia valiosa para a consagração da liberdade humana:

Quanto ao Estado de Direito é precisa e oportuna a advertência feita pelo eminente publicista Paulo Bonavides. Indo às origens da expressão no século XVIII, Bonavides assinala a extraordinária importância da afirmação supremacia da lei no momento de superação do Absolutismo, como garantia eficaz da liberdade, oposta à concentração de poderes por parte do Estado. Observa, então, que, ao se chegar à concretização do ideal de substituição do governo dos homens pelo governo da lei, o que aí se deve saudar é um progresso da razão humana libertadora, ainda em nossos dias, e não o credo morto de uma doutrina, fossilização de um princípio arcaico. E concluir que esse Estado, o Estado de Direito assim concedido, no que tem de positivamente indestrutível para a liberdade humana, sobrevive entre as instituições de uma idade social e se constitui, nessa sua herança – o conceito de liberdade na pessoa humana –, uma garantia valiosa para a permanência de teses ou princípios impostergáveis.

Por fim, importante frisar que quando a opção ao Estado de Direito é a Ditadura, não cabem quaisquer dúvidas em relação à melhor escolha, até mesmo quando se observa o nosso passado recente, manchado por fases autoritárias e absolutistas. É preciso, sempre, estar alerta quanto ao uso de uma sorradeira e baixa simulação de Direito, apresentada, quase sempre, em forma de lei, mas contra o Direito, caracterizando o paradoxo de uma Ditadura revestida com

o paletó da constitucionalidade, a qual, uma vez presente, poderá proporcionar danos incomensuráveis.

São com estas palavras tortuosas, que a compreensão da realidade ou utopia passa a criar forma. Posto que os ideais traçados de um Estado Democrático de Direitos estão sim presentes em nossas vidas, ou seja, é uma realidade contemporânea, entretanto, não são conceitos de caráter absoluto e dominante, posto que já faltam condições para se cortejar as suas verdadeiras funções, isto diante da diversidade chamada ser humano.

1.4 Estado e o Direito Constitucional: Válvulas propulsoras da Democracia e alicerçadas pelo liberalismo contemporâneo

Obstinado a seguir as romarias dos princípios de organização do Estado moderno, o Direito Constitucional surge trazendo como foco central, a limitação da atividade governamental, realizando atuações específicas na promoção da separação de poderes (as funções legislativas, executivas e judiciárias atribuídas a órgãos distintos) e na declaração de direitos de cada um dos seus jurisdicionados. Projeta-se a patamares hierarquicamente superiores, servindo, assim, como referência as legislações infraconstitucionais, as quais se restringem ao seu controle de constitucionalidade.

Desta forma, o Direito Constitucional surge para promover a regularização formal do poder, com determinações traçadas e exercidas pelos instrumentos constitucionais, passando a serem dominantes as concepções restritivas de competência dos órgãos estatais. Ingressou, assim, o termo Constituição na linguagem jurídica para exprimir uma técnica de organização do poder aparentemente neutra. No entanto, como bem observa Paulo Bonavides (2006, p. 37), “encobria ela, em profundidades invisíveis, desde o início, a idéia-força de sua

legitimidade, que eram os valores ideológicos, políticos, doutrinários ou filosóficos do pensamento liberal”.

Desde os primeiros pensamentos, até os dias atuais, a noção jurídica e formal de uma Constituição tutelar direitos humanos aparenta ser a herança mais importante e considerável da tese liberal, a qual fez do conceito de Constituição, conforme nos adverte a doutrina sempre precisa de Paulo Bonavides (2006, p. 37), aquilo que já fizera com o conceito de soberania nacional, ou seja, “um expediente teórico e abstrato de universalização, nascida de seus princípios e dominada da historicidade de seus interesses concretos”.

Como fato importante, é válido mencionar que a França, durante a expansão napoleônica, comunicara à Itália os princípios da Revolução. Eram os princípios de uma sociedade política fundada sobre o contrato social, de uma ordem jurídica apoiada na razão humana, de um Estado que se curvava à liberdade individual. Cunhou-se, portanto, ao norte da Península, batido pelas invasões francesas, o termo *diritto costituzionale*, filho de idéias francesas, criação direta das ideologias antiabsolutistas existentes na época.

Entretanto, foi apenas no momento em que os juristas liberais visualizaram com a máxima certeza que o Estado de direito estava fora de todas as contestações contrarrevolucionárias do absolutismo, foi que o Direito Constitucional sofreu as primeiras alterações em sua configuração excessivamente filosófica, ampliando em seu contexto uma conotação jurídica, passando a adotar concepções mais largas, dinâmicas e precisas. É nesse período que o Direito Constitucional passa a representar o espelho real de toda e qualquer organização política, revelando, assim, “canal por onde o Poder passa de seu titular, o Estado, para seus agentes em exercício – os governantes”. (BONAVIDES, 2006, p. 18)

Para as regras fundamentais de estruturação, funcionamento e organização do poder, não importam o regime político nem a forma de distribuição de competência aos poderes estabelecidos, são, por conseguinte, a matéria de Direito Constitucional. De modo que todo

Estado ou toda sociedade politicamente organizada possui, como já assinalava Lassalle *apud* José Afonso da Silva (2004, p. 23), uma Constituição ou um Direito Constitucional. Segundo essa concepção teórica, o ordenamento constitucional propriamente dito, consiste no conjunto de fatores reais de poder do país, posto que do contrário, o texto se revela como uma mera formalização, ou seja, um simples pedaço de papel.

Por outro lado, em que pese tal pensamento, existe a defesa séria da força normativa do texto constitucional, posto que do contrário, seria negado valor a própria Constituição Jurídica e ao Direito Constitucional. Sobre esse tema, Konrad Hesse (1991, p. 44):

Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; diferencia-se, assim, da sociologia e da Ciência Política enquanto ciência da realidade. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função se não a de constatar e comentar os fatos criados pela Realpolitik.

Além do mais, a concepção de Estado de Direito liberal centrado na lei, na legalidade, do regime de exceção pós 1946, sucumbe ao Estado de Direito constitucional. O novo ordenamento jurídico, inaugurado com a promulgação da Constituição Cidadã de 05 de outubro de 1988, com alicerces seguros e fincados aos seus objetivos, impõem ao ente estatal, como limite de sua atuação, não só o princípio da legalidade, mas, sobretudo a dignidade da pessoa humana. Como bem ressalta Glauco Barreira Magalhães Filho (2004, p. 104) em sua doutrina, “as bases do Estado Democrático de Direito são a soberania do povo, expressa na manifestação da vontade popular, e a dignidade humana, consagrada na enunciação dos direitos fundamentais”.

Assim, ao termo de suas mais recentes transformações, alcançou o direito constitucional o grau de autêntica Ciência Jurídica: a ciência das normas e instituições básicas de toda e qualquer modalidade do ordenamento político.

Pode-se, enfim, concluir, com Prélot (1990, p. 19), que “o termo direito constitucional, sem epíteto nem determinativo, corresponde logicamente a qualquer conjunto de normas que venham a governar uma coletividade humana”. O direito constitucional, assim, materializado pela constituição vigente em cada território, independente da conotação que se concede ou que se busca identificar, deve buscar o equilíbrio das relações entre os seres humanos subordinados, garantindo, por consequência, a paz e a seguranças das estruturas estatais.

1.5 A evolução do Estado e dos Direitos Fundamentais: Percurso de máxima importância para o destino dos povos e paz social

Com a presença do movimento iluminista, o qual visualizava a razão do homem natural como fonte de projeção de seus direitos, cujo surgimento se deu em repúdio à ideologia cristã, pregadora da fundamentalidade divina das normas, nasceram com grande efetividade os pensamentos jusnaturalistas e contratualista, os quais disseminavam, respectivamente, a existência do direito ínsito na mente humana e a necessidade de um pacto com o Estado para bem assegurá-los.

Como precursor destes dois últimos movimentos, Hobbes, ao escrever *O Leviatã*, em meados do século XVII, expõe, com clareza, as idéias do contratualismo, em que o Estado seria utilizado como instrumento capaz de promover a segurança entre os homens. Neste sentido, na obra *Second Treatise on Civil Government* (1689), Locke, também aponta a função do Estado como ente assegurador dos direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à liberdade e à propriedade.

A partir desta nova visão estabelecida entre os homens, que em última análise pretendia eliminar o absolutismo estatal, passaram a surgir as primeiras declarações que tratavam dos direitos fundamentais. Tais declarações, caracterizadas pelo positivismo das normas, eram estabelecidas por meio de diplomas escritos, dos quais o Estado não exercia qualquer poder de veto ou restrição, posto que materializavam aqueles direitos ínsitos à natureza humana, protetores da dignidade de cada cidadão.

Tais direitos foram classificados como de primeira geração e asseguravam a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade de cada um do povo. Dentre os diplomas que os estabeleciam, mencionam-se: a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia (1776); Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776); e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França (1789).

Assim, a codificação destes direitos de primeira geração pode ser considerada como o primeiro ato incisivo do ser humano em reação ao arbítrio do Estado. Levado pela tendência constitucionalista ventilada na época, o homem resolve construir seus diplomas de leis, com a finalidade de referendar a exata divisão entre os poderes prometidos ao ente estatal. Teve também como finalidade a efetivação da vida digna dos seus subordinados, tendo como objetivos certos a promoção da paz social e o justo equilíbrio entre as relações, objetivos estes de fundamental importância para a vida em sociedade.

Ponto de grande atenção que deve ser observado com o advento dos direitos fundamentais de primeira geração, atine-se a influência direta do Liberalismo no tocante a reação do Estado, vez que este ente soberano, com o surgimento dos mencionados direitos, não teria qualquer competência sobre os mesmos, não poderia nem ao menos regulá-lo. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 173) ensina que, nessa primeira fase do pensamento Liberal, as regras de direito fundamental representavam “uma inibição do poder estatal ou, caso se prefira, a uma prestação meramente negativa. É dizer, o Estado se exonera dos seus

deveres nesses campos, abstendo-se da prática de certos atos”. Este pensamento liberal, tempos mais tarde, foi alterado em razão da influência Marxista, como exposto mais à frente neste trabalho.

Embora garantidos os direitos de primeira geração, em decorrência do progresso das sociedades, novas necessidades foram se disseminando pelo mundo. Tal fato trouxe como consequência o aumento inesperado dos bens de consumo na época, a ponto de conduzir verdadeiras massas de cidadãos aos parques industriais. Iludidos por uma melhor qualidade de vida, os trabalhadores eram tratados como máquinas humanas, o que ocasionou sérias revoltas sociais, como por exemplo, a deflagração da Revolução Industrial dos séculos XVIII e XIX.

Nesse verdadeiro campo de batalha, as quais eram diariamente travadas entre trabalhadores injustiçados e empregadores cada vez mais obstinados pela lucratividade, em que o Estado figurava como passivo espectador, surgiram intensos movimentos organizados, dentre eles, a criação do sindicalismo revolucionário de Sorel, Pouget, Labriola e Panunzio, bem como, o socialismo científico de Marx e Engels.

Em razão das fortes pressões produzidas, bem como em atenção aos primeiros indícios anárquicos, coube ao Estado agir para restabelecer a ordem das noções, momento em que foram codificados os direitos econômicos, sociais e culturais, classificados pela doutrina como sendo de segunda geração.

Dentre estes direitos, destacam-se: o direito ao trabalho, a um salário mínimo, a uma jornada de trabalho regrada, à aposentadoria, à educação e à cultura. Já os documentos que textualizam tais direitos de segunda geração, é importante destacar: a Constituição Mexicana de 1917, a Declaração do Homem Trabalhador e Explorado soviética de 1918 e a Constituição de Weimar de 1919.

Entretanto, a grande característica do reconhecimento dos direitos de segunda geração não foi a presença das disputas que realçaram esta conquista, mas sim, a atuação do

Estado em promover tais garantias. Observa-se, portanto que, a codificação de tais direitos somente ocorreu em razão de atos comissivos do Estado, que se desvencilhou dos primeiros pensamentos liberalistas atinentes a abstenção das condutas, em prol do equilíbrio das relações sociais.

E esta conduta positiva do Estado decorreu da influência direta do pensamento Marxista, o qual pregava a fragilidade do Liberalismo, pelo simples fato de os Direitos Fundamentais serem criados para a proteção da sociedade como um todo, sem qualquer limitação ou exclusividade de cada cidadão individualmente.

Nesse sentido, ao tratarem do tema, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2002, p. 88) nos ensinam que:

[...] em contraposição aos direitos fundamentais de primeira geração – chamados de direitos negativos – os direitos fundamentais de segunda geração costumam ser denominados de direitos positivos, pois, como se disse, reclamam não a abstenção, mas a presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais.

Uma vez garantidos os direitos de primeira e segunda geração, os quais, genericamente, destinam-se à proteção do homem enquanto ser individual ou coletivo, passou-se a analisar alguns pontos de maior profundidade, como por exemplo, o futuro da humanidade na terra e o relacionamento humano com o espaço em que sobrevive. Tais fatores, face a evolução social e projeção de valores, passaram a configurar válvulas de grande sustentação para os objetivos de vida social até então traçados.

E esta análise vertical das relações sociais, foi alimentada por acontecimentos de grande comoção mundial, como as guerras devastadoras, o desrespeito ao meio ambiente, à globalização sem limites e outros mais. Em atenção a esta proposta, que ocasionou a valorização dos ideais de solidariedade e fraternidade pelos indivíduos, surgiram os direitos fundamentais de terceira geração, os quais se destacam o direito à paz, à autodeterminação

dos povos, ao desenvolvimento, à proteção do meio ambiente e do patrimônio comum da humanidade.

No tocante à codificação dos direitos de terceira geração, em razão à importância dos mesmos para o cenário mundial, são regulamentados de forma mais específicas pelos documentos de incidência internacional, como por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que foram aprovados pela Assembléia Geral da ONU em 1966. Soma-se a tal documento A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e a Carta Internacional de Direitos Sociais de 1948, bem como o Pacto de São José da Costa Rica de 1969.

Atualmente, vem se discutindo a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, que seriam decorrentes do desenvolvimento constante das ciências biológicas e tecnologia de dados. Essa nova visão de direitos vem sendo influenciada pelos desafios traçados pela bioengenharia, na conquista de curas e avanços genéticos através da criação de clones e reprodução artificial. Sobre o tema, disserta Paulo Bonavides (2006, p. 573):

Os direitos de quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Também vem motivando esta nova fase de direitos, os malefícios ocasionados pelo mundo digital, posto que embora tenham melhorado as relações humanas, de outro lado, vem promovendo intensas agressões ao patrimônio, intimidade e privacidade dos homens. Entretanto, estas preocupações do mundo atual, já eram previstas há décadas, conforme se observa pelo livro A Era dos Direitos de Norberto Bobbio (2000, p. 06), cujas lições já

adiantavam os “efeitos traumáticos da pesquisa biológica”, bem como obra Admirável Mundo Novo, escrito em 1930 por Aldous Huxley, onde retratava os problemas da manipulação genética, obras estas, cujo conteúdo em muito superou a época de seu lançamento.

Face a tais ponderações, não restam dúvidas acerca da constante mutação que o direito vem sofrendo, assim como o próprio Estado, fato este que atinge desde as normas de direito fundamental até o mais insignificante dos preceitos normativos. Neste ponto, cabe ao ser humano, que é o principal responsável pelo destino das civilizações, traçar com responsabilidade e maestria os próximos valores a serem tutelados, os quais deverão promover o direito justo e da paz social.

PARTE II

2. O SISTEMA

2.1 Sistema Constitucional: Uma nova composição do ordenamento jurídico

Nos dias atuais, inexistem, em regra, preocupações quanto à tomada de poderes, criação de ordenamentos e efetivação de regras de organização social, até porque, a cultura moderna dos povos, sedimentou tais necessidades. Entretanto, infelizmente, o Estado moderno não é, nunca foi, e nunca será, sinônimo de Estado justo, muito menos de Estado livre e igualitário, posto que a evolução, além de gerar benefícios, também repassou novos problemas, novos obstáculos e novos desafios, os quais passaram a ser enfrentados pela tecnologia jurídica.

Dentre estas tendências contemporâneas, encontra-se o estudo cada vez mais pormenorizado dos sistemas, cuja análise se iniciou nas ciências biológicas e exatas, até se consolidar nas ciências humanas e sociais. Transplantado para a ciência jurídica, tal instrumento vem consagrando alterações nas estruturas normativas e na aplicação da legislação vigente, a ponto de promover evoluções, revoluções e inegável desenvolvimento nos ordenamentos mundiais.

Chamado pelos precursores da matéria de “sistema constitucional”, o mesmo surge, exatamente, para desmascarar as doutrinas quase sempre intransponíveis do constitucionalismo formal, projetando objetivos mais claros, simples e focado para o real

desenvolvimento da sociedade, a fim de torná-la mais justa, eficaz e acolhedora das necessidades diárias de cada um de seus subordinados.

O modelo de sistema, por assim dizer, destina-se a aproximar os conceitos de “constituição” e “razão social”, a fim de que a hegemonia formal do texto maior, defendida com unhas e dentes pela doutrina Kelseniana (1999, p. 45), seja apenas o acessório para a construção do ordenamento jurídico da cada nação, e não a sua composição absoluta, servindo, assim, como sendo apenas uma ferramenta no interior de um contexto muito maior de desenvolvimento e valor humanitário.

Como bem observa a doutrina sempre precisa de Hesse (1991, p. 89), o sistema tem como ponto de partida, o estudo do espírito da Constituição, ou seja, a verdadeira alma que conduz as suas normas, que reflete os mais nobres motivos de sua criação, cuja raiz pode ser observada através da identificação das regências mais proclamadas pelo povo, pelo Estado, pela razão.

Tem o sistema, em decorrência de sua composição universal, o poder de extrair o que há de mais verdadeiro em cada norma, de visualizar a real intenção do corpo social, de ofertar a justiça em sua exata medida na solução de cada litígio existente no meio em que se vive. Surge, neste ponto, uma visão macro do que se está acostumado sobre ordenamento jurídico, em que os conflitos existentes, ao invés de serem solucionados através de programas simplesmente repressivos, terão conotações maiores de análise perante as regras existentes e projetadas no ordenamento vigente.

A composição de um sistema, conforme descreve a doutrina de Paulo Bonavides (2006, p. 99), caracteriza-se pela simplicidade, vez que teria por conteúdo, “primeiro, a Constituição propriamente dita, segundo as leis complementares previstas pela Constituição, terceiro, todas as leis ordinárias”, e por último, como elemento imprescindível e diferenciador, “a influência precisa de componentes sociais”, tais como partidos políticos,

grupos de interesses, categorias patronais, empresariais ou trabalhistas, a opinião pública, enfim, toda a ordem de forças que consagram a estrutura de uma sociedade organizada, as quais são responsáveis por promover a vida do modelo real de Constituição, pregado insistentemente, pelos mestres Lassale (1980, p. 99) e Heller (1934, p. 12).

Todavia, é de grande importância refletir, no sentido de que embora o sistema constitucional tenha como objeto principal a “construção social da realidade”, como bem observa Calliees (1988, p. 142-144) em sua doutrina, evidentes são os riscos que podem ocorrer acerca de uma inversão desproporcional da concepção jurídica pela política, até por conta da diversidade de forças sociais incidentes em seu contexto ampliativo, fato este capaz de promover consequências catastróficas e vastamente prejudiciais para os ideais traçados, a ponto de ser projetado um Estado alicerçado por balizas totalitárias e anti-democráticas.

À luz da nova concepção de sistema proporciona-se para o Direito uma visão em que ele aparece precipuamente como instrumento destinado a garantir e proteger a participação do indivíduo nos papéis de comunicação social, sendo seu fim cardinal, proporcionar e planejar a participação e as oportunidades, tanto de informar-se, como comunicar-se numa sociedade compreendida em permanente processo de formação, fator este de fundamental importância para a ruptura do engessamento das normas e para a própria evolução do nosso acervo de regras e princípios.

Desta forma, em poucas palavras, a composição do sistema constitucional apresenta-se como instrumento de efetividade das normas superiores, posto que busca promover a amplitude da interferência constitucional, com o escopo de aproximar os conceitos quase sempre distanciados de “sociedade participativa” e “Estado soberano”, voltados para promover a real composição do ordenamento jurídico social, projetando a vida coletiva a passos seguros de estabilidade e justiça em suas relações.

2.2 O caráter político e jurídico do sistema

Ao se analisar as questões que envolvem um sistema, temos como ponto de parada obrigatória, a visualização temática de duas esferas que se completam: a política e a jurídica. É necessário identificar no sistema, a sobrevida que existe em seus alicerces de maior sustentação, isto como sendo o foco de luz que norteia cada centímetro desta grandiosa e exuberante trajetória, cujo destino final pode ser utopicamente aclamado de bem estar e paz social.

A evolução do sistema constitucional, compreendida em suas finalidades mais nobres e coerentes, em que o foco central trata da organização do ser humano socialmente civilizado, será prioritariamente conduzida para garantir a unidade popular. Será sempre necessária a obtenção da personificação política, carregada sempre por peculiaridades extraídas do espírito ordenador. A ratificação de uma nação, entendida como ato aclamador de diferenças, transpira conceitos únicos e direcionadores, os quais são provenientes, sempre, de uma pré-ordenação de conceitos, motivada por princípios, culturas, costumes, lendas e outros mais. Forma-se, assim, a harmonia política de cada povo, onde idéias são tratadas, discutidas e ao final escolhidas pela população, formando-se, assim, a personalidade daquele meio social.

Todavia, sem alcançar pretensões radical-positivistas, o mundo aprendeu a sobreviver com normais materializadas, em que algumas nações apóiam a resolução de seus conflitos na capacidade máxima de seus intérpretes, garantidos sempre por uma evolução de pensamentos e elevado padrão cultural. Outras nações acabam exigindo menos da exegese, movimentando-se muitas vezes por cérebros de papéis ou digitais, preferindo, assim, a mecanização de seus atos ao invés da solidificação contínua das regras verdadeiramente sociais. E é justamente neste ponto que se pode observar o aspecto jurídico do sistema, em

que os povos, no exercício do poder constituinte, lançam mão de um texto normativo como ato capaz de justificar a existência de direitos, deveres e poderes, fator este que permite não só a evolução dos pensamentos como a própria atualização das necessidades.

Entretanto, ao se analisar os aspectos políticos e jurídicos do sistema, não há espaço para excessos em nenhum dos lados. Como bem observado por Gilberto Bercovici (2008, p. 14), os constitucionalistas vêm adotando uma perigosa tendência, a qual pode ser vislumbrada no momento em que passaram a buscar uma limitação descomunal a esfera jurídica. É neste momento que acabam perdendo a visão e os objetivos da vida constitucional de um país, desprezando a esfera política e a realidade social.

De outro lado, a politização exacerbada dos atos que regem a estruturação jurídica dos povos acaba por relativizar conceitos de natureza primordial. É neste momento que o necessário equilíbrio da justiça passa a suportar sérios e contínuos riscos em sua sustentação, passando ainda a perder seu foco idealizador, fato este que ocorre com a mesma facilidade que se modificam seus instrumentos de atuação, oferecendo, por consequência, uma facultatividade perigosa no mundo normativo, a qual poderá ser continuamente seduzida por interesses e disfunções.

Embora não seja de nossa concordância, nesse ponto, a título de argumentação, válido ainda mencionar alguns aspectos da teoria material da Constituição na obra de Carl Schmit (1954, p. 11). Para o doutrinador, a Constituição define-se como a decisão global e fundamental acerca da espécie e da forma de unidade política. O texto maior, sobre sua visão, possui, assim, sentido político absoluto, não podendo sua essência ficar contida em uma determinada lei ou norma vigente, fator esse que protege da “judicialização da política” e concede a “politização da Justiça”.

Assim, acredita-se que o grande valor desta conjuntura política e jurídica, a qual deverá sempre ser analisada e aplicada em sua exata medida, é de garantir a evolução do

sistema como um todo, permitindo que a sociedade projete suas normas no mesmo instante que identifica suas transformações, mantendo assim, a atualização da vontade popular sem perder o liame de sua segurança jurídica.

2.3 Princípio da Constitucionalidade: O espírito que acompanha cada uma das normas

Com precisas palavras, Celso Bastos (2001, p. 52) nos ensina que a Constituição Federal:

[...] deve ser entendida como um conjunto de regras e princípios de maior força hierárquica dentro do ordenamento jurídico e que tem por fim organizar e estruturar o poder político, além de definir os seus limites, inclusive pela concessão de direitos fundamentais ao cidadão.

O que em um primeiro momento aparenta ser a própria regressão à autonomia dos seres racionais, é na verdade, um instrumento de notória responsabilidade social. Do texto constitucional, entendido sempre como obra advinda do Poder Constituinte, mais que um simples elenco de palavras bem organizadas, extrai-se a personalidade manifesta de um povo, capaz de delegar poderes, trilhar seu futuro e assegurar a vida digna de uma nação.

Por tais diretrizes, o Estado deve adotar o instrumento constituição assim como uma gestante que dá à luz pela primeira vez, adota cartilhas dos primeiros cuidados de um filho, de modo que todos os atos advindos das funções executiva, legislativa e judiciária devem ser compatíveis com o texto maior, sob o risco de promover o desvirtuamento dos ideais a serem tutelados e o conseqüente perecimento de seus subordinados.

Ao discutir a posição hierárquica das normas constitucionais em relação às infraconstitucionais, Celso Bastos (2001, p. 47) apresenta as características da criação do ordenamento jurídico:

O direito possui a particularidade de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se de forma que uma norma apenas determine o processo pelo qual outra norma é produzida. Más também é possível que seja determinado, ainda, em certa medida, o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o caráter dinâmico do direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por outra norma, essa norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior; a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior.

Seguindo por este mesmo caminho, importante mencionar a concepção do nobre constitucionalista Jorge Miranda (1996, p. 17), que motiva a entender o princípio da constitucionalidade como sendo o “espírito que acompanha a lei e todos os demais atos emanados pelo Estado”. Embora tal princípio dependa sempre de um enfoque bastante genérico e abrangente, até para justificar a sua exata dimensão no ordenamento jurídico pátrio, não é possível, em hipótese alguma, duvidar de sua incidência específica junto às decisões proferidas pelo Poder Judiciário, cuja validade e eficácia, assim como os demais atos emanados do Estado, também pressupõem a chancela constitucional.

Todavia, se este não for o posicionamento a ser observado, ressalvadas, sempre, as opiniões diversas sobre a matéria, inevitavelmente, dar-se-á tratamento diferenciado à função judiciária, cuja atuação e execução de suas mais variadas competências, se destacariam não como atos democráticos e respeitosos à soberania nacional, mas sim, como atos impositivos, passíveis de discussão, e acima de tudo, válidos e eficazes pelo pobre e insincero fundamento da intangibilidade da coisa julgada.

Ao escrever sobre o tema, o doutrinador Paulo Otero (1993, p. 61) oportunamente revela que:

[...] a validade de quaisquer actos do poder público depende sempre de sua conformidade com a Constituição. Por isso mesmo, as decisões judiciais desconformes com a Constituição são inválidas: o caso julgado daí resultante é, também ele, conseqüentemente, inválido, encontrando-se ferido de inconstitucionalidade.

Ademais, oportuno mencionar a visão ampliativa atribuída pelo digno jurista Canotilho (1991, p. 364), ao entender ser o princípio da constitucionalidade uma base de natureza central da qual decorrem diversos outros elementos constitutivos, dentre os quais a vinculação do legislador à constituição:

A Vinculação do legislador à constituição implica que as leis devem ter a forma e seguir o processo constitucionalmente fixado para se considerarem, sob o ponto de vista formal e orgânico, conformes ao princípio da constitucionalidade. A constituição é, além disso, um parâmetro material intrínseco dos actos legislativos, motivo pelo qual só serão válidas as leis materialmente conformes à constituição.

Por fim, constata-se que toda a força normativa do texto constitucional se faz representada pelo princípio da constitucionalidade, que pode ser racionalmente caracterizado como um instrumento de carácter absoluto e indeclinável, cuja finalidade é a de promover a paz social e a dignidade da pessoa humana através da aplicação justa e coerente das normas e princípios elencados pela Lei Maior.

2.4 Texto Constitucional: Normatização do *ser* ou simples reflexo do *dever ser*

Verdadeiro espinho serrilhado na garganta dos cientistas, a definição de constituição alcançou elevados patamares de discussão, passando por correspondências periódicas,

máximas regionalistas e tristes simbologias de poder. Entretanto, a sedimentação fiel do que seria a exata definição de constituição fincou seus alicerces em ambientes mais seguros, cuja viga central sustentou-se no interesse público e objetivos traçados por cada nação.

Apoiando-se pela interpretação por exclusão, a visão acerca da definição do texto constitucional começou a ser moldada no ano de 1789, quando surgiu aos olhos de todos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Referido texto, em especial atenção ao artigo 16, anunciou que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida à separação dos poderes, não tem Constituição”.

Logo, o legislador em questão, através do texto do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, apontou como fator condicionador e de existência de um texto constitucional, o cumprimento de dois pressupostos específicos e previamente estabelecidos, quais sejam, a estipulação e presença das liberdades públicas, neste texto entendidas como direitos de cada cidadão (1); bem como a necessária regularização dos atos capazes de limitar a atuação e incidência dos poderes de cada Estado, não só em relação aos subordinados, como também entre eles próprios (2).

Entretanto, para a consagração dos objetivos do texto constitucional, não basta à mera formalização e vigência de suas normas, ainda que o poder, em determinadas localidades, facilite alguma limitação. É necessário mais. Além da formalização em si do texto, necessita-se, sempre, da correlação com a realidade fática, assim como a consciência geral do povo. Sobre esse aspecto surge a pesquisa dos sociologistas constitucionais (SILVA, 2004, p. 23), com corrente liderada por Ferdinand Lassale.

Segundo esta concepção, o texto constitucional trata-se de um instrumento de resultados fáticos, consistente no conjunto de fatores reais de poder que regem o país, os quais são responsáveis pela formação das leis e instituições jurídicas do Estado. Os problemas constitucionais são na verdade questões de poder, amplamente afastadas da esfera jurídica, e

por tal motivo, a constituição passa se caracterizar como instrumento de normatização do *ser*, ou seja, do que verdadeiramente é.

Em que pese o máximo respeito, não restam dúvidas de que esta posição desqualifica a constituição e o próprio direito constitucional como ramificações das ciências jurídicas, conduzindo-as ao encontro da sociologia e das ciências políticas, como bem alerta Konrad Hesse (1991, p. 62):

Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; diferencia-se, assim, da sociologia e da Ciência Política enquanto ciência da realidade. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela Realpolitik.

Em que pese à necessidade do texto estar coligado a realidade fática de uma nação, onde os poderes seriam capazes de realizar prontamente a necessidade popular, não podemos nunca duvidar da força normativa de texto constitucional. Referida força tem a capacidade de impulsionar a simbologia jurídica e normativa do texto maior, consagrando o interesse público através de normas do *dever ser*.

O que aparenta ser mais um interminável conflito doutrinário, é na verdade, a própria solução do problema, isto porque como afirma Hesse, a ordenação jurídica e a realidade devem ser analisadas como mutantes condicionadas, posto que se compreendidas de forma isolada, promoverão, respectivamente, uma limitação à análise da vigência ou não da norma, ou ainda, o desprezo do ordenamento jurídico.

Ademais, é a constituição o fundamento de validade para a produção e interpretação das normas infraconstitucionais. Como bem observa a doutrina de Hans Kelsen (1991, p. 34), “o fundamento de validade de uma ordem normativa é uma normal fundamental da qual se retira à validade de todas as normas pertencentes a essa ordem”. Sendo a dignidade da pessoa

humana o núcleo central do texto constitucional e os direitos fundamentais a sua dimensão, toda produção legislativa, sua interpretação e aplicação têm como referencial o ser humano como centro e fim do direito, pois o “Estado existe para o homem e não o homem para o Estado”. (NOVELINO, 2008, p. 207)

Assim, observa-se que a verdadeira força da constituição não está sintetizada apenas no aspecto concretizador de suas normas, nem tão pouco na frieza de solidão de uma norma textualizada, mas sim, na consciência geral da nação, a qual se faz enriquecida através da somatória bem sucedida entre texto constitucional e realidade fática.

Logo, em conclusão ao tema, *ser* e *dever ser* são institutos que caminham juntos para a justa composição do ordenamento jurídico vigente, onde o primeiro representa a vitalidade do texto superior na consciência de cada jurisdicionado, isto tanto em seu reconhecimento como em seu exercício, e o segundo, passa a ser identificado pela segurança jurídica presente na concretização das normas vigentes e aplicadas para a solução dos conflitos existentes em cada setor social.

2.5 Breves anotações sobre as teorias do sistema

Ao estudar as teorias que se arriscam a traduzir as minúcias do sistema, válido mencionar que as mesmas não se apoiavam, em um primeiro momento, às ciências sociais, mas sim, no âmbito da biologia, da psicologia e da antropologia social. E por assim ser, somente a partir do ano de 1950, que os primeiros estudos sobre o sistema começaram a invadir a esfera cultural e jurídica, culminando na evolução social.

Conforme se extrai da doutrina de Paulo Bonavides (2006, p. 116-126), quatro foram as principais correntes que se ocuparam com a análise de sistema, a começar, por aquela

fundada por Bertalanfy (1975, p. 41), denominada de Teoria Geral do Sistema (*General Systems Theory*). O mencionado doutrinador pregou a idéia de estruturas uniformes, coligando com os conceitos retirados da biologia. Foi amplamente criticada por conta do formalismo em excesso que determinou, posto que o seu caráter organizacional superou o próprio conteúdo de suas diretrizes.

A segunda corrente que surgiu sobre a matéria, mostra-se representada pela teoria sistêmica cibernética, a qual utiliza comparações entre os conceitos de “técnica x biologia” e “máquina x organismo”, por meio do estudo da cibernética. Para essa corrente, os três componentes básicos do sistema, em recíproca interpretação, seriam o sistema portador de processos, a informação e a regulação. As contribuições mais importantes desta teoria ocorreram no âmbito da Ciência Política, por meio da notável obra do professor Karl W. Deustsch.²

Com o passar dos tempos surgiu a terceira corrente contemporânea sobre o sistema, a qual se projetou com relativa autonomia dentro do contexto da Ciência Política. Teve como precursor o mestre David Easton (1971, p. 39), que, por sua vez, interpretou a vida política como sendo um verdadeiro sistema, ou seja, um conjunto de atividade relacionadas, capaz de ser separado, em razão desta natureza, do campo próprio da atividade social.

A última das concepções foi aquela liderada pelo sociólogo Talcott Parsons (1931, p. 96), autor de uma teoria da ação social, que reflete em sua obra o fundamento das próprias ciências exatas, como a física, matemática e biologia, voltado para a consagração de um método de unificação, que atingiria, posteriormente, a concepção sistêmica.

Desta forma, constata-se que o estudo dos sistemas ultrapassou, em um primeiro momento, os limites da esfera jurídica, abrangendo, os campos da biologia, física,

matemática, cibernética, Ciência Política e sociologia, as quais constituíram sólidos alicerces para o desenvolvimento das teorias posteriores.

2.6 A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann

Abandonando de forma total e irrepreensível os patamares da abstração, Luhmann (1.983) define o sistema como sendo uma verdade construção, ou seja, aponta como característica primordial a sua pura realidade existencial, sendo composto de elementos reais e concretos, capazes de servirem como válvulas que se relacionam entre si.

Focado não apenas na quantidade de tais elementos, mais sim na qualidade deles, o teórico observa a complexidade do sistema no momento em que tais elementos não mais conseguem uma relação com todos os outros, fato este decorrente da limitação de sua própria capacidade de conexão, limitação esta que, caso não ocorra, faz daquele sistema complexo um organismo menos complexo.

Todavia, ser um sistema menos complexo, para Luhmann (1.983), não é sinônimo de ser um sistema simples, como possa parecer. Na verdade, tal situação – sistema menos complexo - ocorre com o aumento de sua complexidade estruturada, tornando-o mais forte internamente e diminuindo a complexidade desestruturada, que por sinal, é capaz de conduzir uma superestrutura ao caos e colapsos.

Dentre os detentores deste objetivo – diminuir a complexidade desestruturada – encontra-se o próprio direito, de tal forma que o sistema passa a surgir no momento que consegue estruturar sua complexidade e se diferenciar do meio ambiente. Em outras palavras,

² A contribuição mais importante para esta teoria, ocorreu com a obra de Karl W. Deutsch, que apareceu nos Estados Unidos em 1963, sob o título: *The Nerves of Overnment; Models of Political Communication and Control*.

para Luhmann (1.983), o sistema passa a existir no momento em que o direito começa a exercer seu papel nobre de estruturação, distinguindo-se do meio ambiente, por ser este (sistema) uma complexidade estruturada.

Não há nada que possa existir, interagir ou sobreviver ao mesmo tempo entre o sistema e o meio ambiente, sendo que a diferença entre eles está justamente na complexidade. O sistema é composto de complexidade estruturada, enquanto que o meio ambiente é formado por complexidade desestruturada. Tal distinção revela uma verdadeira quebra de paradigmas, com a formação de um novo sistema ou de um novo meio ambiente. E tal construção somente se faz possível, pois, sistema e meio-ambiente são estruturas caracterizadas como autopoieticas, ou seja, capazes de se transformar, se atualizar e se recriar. Por tais fatores, são eles independentes, a ponto de sobrevirem através de sustentáculos próprios.

Partindo desses pressupostos, Luhmann, em sua teoria, apresenta a comunicação como sendo o elemento central dos sistemas sociais. Ao tratar da comunicação, o teórico não se limita a pregar a existência de relação entre pessoas, ou seja, a comunicação não se trata do simples ato de comunicar-se. Para ele, o que mais importa não é o que está sendo objetivamente compreendido por meio da comunicação, mas sim, o que foi estabelecido entre os homens para dar continuidade aos ideais da cada sociedade.

Assim, ao descrever a comunicação como elemento último da rede de operações recursivas do sistema social, Luhmann (1.983) irá criticar a posição de Jürgen Habermas justamente por esta, tributária que é da teoria da ação, conceder a comunicação como uma forma de ação, o que implica a vinculação entre a sociedade e os homens, ou suas ações. Luhmann (1.983), entretanto, afirma que a comunicação, tomada como unidade elementar da autopoiesis social, não se confunde com a linguagem, uma vez que implica mais que simples emissão de modo a incluir também a compreensão. Pretende frisar – e é isso que, segundo ele,

distingue sua proposta de perspectivas que, como a de Habermas, se baseiam nos atos da fala – é justamente a necessidade de inclusão do ato de entender na unidade da comunicação.

Sintetizando o tema, encontram-se as palavras de Orlando Villas Boas Filho (2006, p. 149):

Para Luhmann, o conceito de comunicação, visto a partir da perspectiva da teoria da ação (seja ela a teoria da ação comunicativa ou qualquer outra que centre sua atenção nos atos de fala), fica centrado no ato de participar da comunicação, excluindo o ato de entender, ao passo que uma teoria autopoietica da comunicação deve incorporar o ato de entender na própria unidade do conceito de comunicação. Será essa decisão teórica que permitirá que a reprodução dos sistemas sociais esteja desvinculada de demandas normativas e possa, como se viu acima, deslocar-se para o plano da conexão auto-referência das operações do sistema. Definida como síntese de três operações seletivas (emissão/elocução, informação e compreensão), a comunicação poderá ser concebida como a única operação que é genuinamente social, pois é somente ela que pressupõe a existência e interação de pelo menos dois sistemas psíquicos, isto é, de dois seres humanos (entendidos como unidade sintética de sistemas orgânicos e psíquicos). Disso decorrerá, segundo Luhmann, que na própria operação elementar da comunicação já esteja integrada a sociabilidade, que, numa perspectiva como a de Habermas, apareceria apenas como uma possibilidade que deveria ser implementada, mas que também poderia fracassar. É por isso que, como se viu, a teoria dos sistemas auto-referência não precisará estar atenta a compreensão entre os agentes sociais, compreensão essa que permitiria a socialização numa perspectiva centrada nos atos de fala. Tomada a comunicação nesses termos, basta à teoria dos sistemas passar a estar atenta à conexão de ações tanto consensuais como dessensuais, pois ao incluir o entendimento na própria unidade sintética da comunicação a autopoiesis do sistema social fica automaticamente assegurada.

Desta forma, uma vez realizada a comunicação, o sistema incorpora a mudança estrutural pretendida, ou seja, atualiza suas necessidades frente a novos objetivos, tornando, assim, uma unidade de identificação, um novo organismo que passa a compor uma estrutura, fato este que assegura a este novo elemento uma duração e persistência no meio onde foi projetado, consagrando, assim, uma renovação e maior sedimentação aos alicerces do sistema.

Levando em conta que a sociedade trata do sistema social mais abrangente, a comunicação surge também neste ponto como elemento autopoietico da própria sociedade, permitindo, desta forma, a sua própria recriação e transformação de acordo com sua evolução

e necessidades. É nesse momento que podemos observar a vida nas relações sociais, suas fases de criação e desenvolvimento, em que cada um dos jurisdicionados, desde que devidamente adaptados ao sistema, conseguem através de suas condutas promover e fomentar a comunicação, instrumento este que revitaliza e mantém as estruturas sempre presentes do sistema social.

Importante declinar que, a comunicação no interior do sistema opera selecionando apenas uma quantidade limitada de informação disponível no exterior. Na verdade, as informações introduzidas no sistema (*inputs*) são somente aquelas permitidas pelo próprio sistema que, após processá-las, devolve a resposta (*outputs*). Há, assim, um filtro para a absorção e processamento destas informações, o qual se identifica pelo próprio interesse daquele sistema, o qual aspira a suas pretensões em suas necessidades, em trajetórias já construídas e na própria cultura do seu povo.

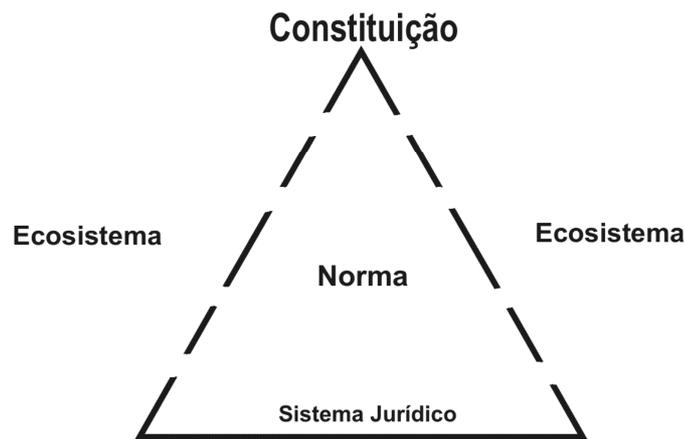
A título de elucidação, observa-se que o equilíbrio do sistema, sua capacidade de resposta ou reação às pressões do meio dependem, porém, da dinâmica dos *inputs* e *outputs*.

Paulo Bonavides (2006, p. 119), assim os define:

Os *inputs* são aquilo que entra no sistema e o alimenta. Podem ser de duas espécies: exigências, reclamações ou reivindicações (*demands*) e apoio ou sustentação (*supoort*).

Os *outputs* representam aquilo que o sistema produz, as suas decisões, os seus atos, mas medidas que dele partem para atender às exigências que lhe são feitas ou passa suscitar o apoio que lhe é necessário.

Desta forma, podemos aplicar esta teoria aos sistemas jurídicos, onde a comunicação e conseqüente estruturação (diminuição das complexidades) direcionam-se a formação do ordenamento jurídico vigente, sendo que toda a articulação do sistema, pautada na entrada de informações e respostas ao ambiente de determinação (eco sistema), tem como foco a justa solução dos conflitos e a paz social. Graficamente, tal sistema jurídico pode ser representado da seguinte maneira:



Em conclusão, para Luhmann (1.983), o sistema é definido pela fronteira compreendida entre ele mesmo e o meio ambiente. O seu interior apresenta-se com grau de complexidade reduzida (estruturada) em relação ao meio ambiente (desestruturado). A sociedade segue padrões de complexidade muito superiores a qualquer nível de racionalidade humana existente na terra. Sua evolução, realizada através da comunicação, nunca poderá ser medida por meio da ciência ou através dos frios e calculistas modelos científicos. Trata-se, na verdade, do caminho perseguido pelas necessidades de cada setor social, tendentes à pacificação e justa aclamação da voz majoritária.

A evolução social, dentro da teoria de Luhmann (1.983), trata-se do verdadeiro oxigênio de cada sociedade, revelando-se a transformação do improvável em provável e do implausível em plausível, a ponto de cortejar as necessidades humanas, os objetivos instintivamente presente nos homens e a própria sobrevivência pacífica na terra, consagrando, assim, os motivos nobres do sistema.

PARTE III

3. SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

3.1 A Implantação de um Sistema Constitucional e os riscos da inversão de seus alicerces: Jurídico e político

Direcionado para a instauração de uma nova ordem jurídica, o Poder Constituinte Originário, rompe, completamente a ordem pretérita. A título de exemplo, a Constituição Federal atualmente vigente (1988) decorreu do poder exercido pela Assembléia Nacional Constituinte, a qual nasceu da deliberação da representação popular.

São estes os momentos que realmente consagram o povo, como sendo o real e insubstituível titular do poder máximo de criação, cuja expressão de vontade é sempre legal, é a lei demonstrada em seu aspecto de maior naturalidade. Referido poder é ainda inicial, tem a força de criar as funções do Estado, tudo isso exercido de uma forma autônomo e incondicionada, posto que não se subordina, em tese, a nenhum outro poder, bem como não há forma a ser seguida. (LENZA, 2006, p. 66)

Com o exercício do poder de criação, o ordenamento jurídico passa a influenciar direta e indiretamente as relações de cada ser humano. É ele o responsável por nossos interesses, nossas condutas, objetivos e pelo próprio bem estar de uma sociedade. Segue uma caminhada de amadurecimento, com fases de adaptação e até controvérsias. Disponibiliza condições, tarefas e faculta nossa caminhada, destinando a condução do futuro de todos os subordinados a criação e pretensão de nós mesmos.

É nesse momento que o sistema passa a ser notado, com sua identificação não apenas em relação à aplicação normativa, mas sim, como sendo o real mecanismo de condução e evolução entre a sociedade e as normas que a regem, posto que faz de sua complexidade, uma série de alternativas compatíveis com a nossa existência, garantindo, assim, a estabilidade e coerência nas relações e conflitos.

Ao estudar o tema, revela o professor Canotilho (2000, p. 1123) as características para se identificar a presença de um sistema jurídico:

(1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (caliesss) traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça; (3) é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras.

De outro lado, Dworkin (1982, p. 90) nos mostra que, nos chamados casos-limites ou *hard cases*, quando os juristas debatem e decidem em termos de direitos e obrigações jurídicas, eles utilizam *standards* que não funcionam como regras, mas, trabalham com princípios, política e outros gêneros de *standards*. Princípios (*príncipes*) são, segundo este autor, exigências de justiça, de equidade ou de qualquer outra dimensão da moral, e que juntos com as regras compõem o sistema jurídico.

Devemos reconhecer, sempre, o verdadeiro papel dos princípios na ordenação e estruturação do sistema normativo, os quais começam por ser a base de normas jurídicas e terminam como sendo os preceitos básicos da organização constitucional. Bandeira de Melo (1996, p. 545-546), neste sentido, conceitua os princípios como sendo um:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele. Disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o

conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremessível e seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Há também riscos provenientes da projeção de um sistema, posto que a condução da máquina do Estado é e sempre será realizada pelo próprio povo, através do preenchimento dos postos de atuação, previamente estabelecidos dentro da estrutura funcional estabelecida. É neste momento que ocorre a real possibilidade de inversão dos objetivos pregados em sua criação, onde os alicerces jurídicos poderão ser substituídos por podres pretensões políticas, de modo a atender interesses únicos em total descaso a coletividade.

Busca-se com o sistema, portanto, assegurar a sociedade contra os riscos de manobras alicerçadas por ideologias políticas, fato este que somente será possível através da demonstração diária do direito, sem, portanto, que aparece ao foto apenas o homem e o direito, mas sim, o homem no direito, a sociedade como constitutivo do jurídico e o Direito como constitutivo social.

Ademais, as intenções do um povo, especificamente entendidas pelos direitos fundamentais, assim como todas as regras já concretizadas por um determinado Texto Constitucional e demais instrumentos normativos, desde que sejam criados para atender aos interesses de uma sociedade, deverão, sempre, serem preferidos sem qualquer intenção de desvirtuamento político, seja na esfera de atuação do Estado, seja em qualquer outro ato provenientes da vigência do sistema normativa aplicado.

Sobre o tema, Lenio Luiz Streck (2002, p. 100-101) revela que podemos observar de forma concreta, a própria soberania do parlamento cedendo seu passo frente à supremacia da

Lei Fundamental, de modo que o respeito pela separação dos poderes e pela submissão dos juízes à lei, foi suplantada pela prevalência dos direitos dos cidadãos face ao Estado. A idéia base, é a de que a vontade política, da maioria governantes de cada momento, não pode prevalecer em detrimento da vontade da maioria soberana Constituinte que está jungida à “Lei Mãe”. Desta forma, o Poder Constituído – por natureza derivado – deve respeitar o Poder Constituinte (por definição originário).

Por fim, disserta Eduardo Appio (2005, p. 93), ao mencionar que:

[...] a lei constitucional não é uma lei qualquer. Ela é a lei fundamental do sistema, na qual todas as demais assentam suas bases de validade e legitimidade, seja formal, seja material. Na Constituição está moldada a estrutura do Estado, seus organismos mais importantes, a distribuição e a limitação dos poderes dos seus agentes; nela estão estabelecidos os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Em fim, a Constituição é a lei suprema, a mais importante, a que está colocada no ápice do sistema normativo. Guardar a Constituição, observa-la fielmente, constitui, destarte, condição essencial de preservação do Estado de Direito no que tem de mais significativo, de mais vital, de mais fundamental. Em contrapartida, violar a Constituição, mais que violar a lei, é atentar contra a base de todo o sistema.

Assim, é o presente texto para observar que, a estrutura de um sistema por mais complexa e bem definida que possa ser não está isenta de riscos, como é o caso da inversão de seus alicerces Jurídicos pelo Político, momento em que se deve, para bem solucionar esta questão, preservar de forma incondicional a vontade popular, assim como a busca pelo coletivo e por fim, a paz em sociedade.

3.2 A Composição do Sistema Constitucional brasileiro: Abertura e fechamento

Com a criação do Estado, enquanto ente sustentável, o povo delegou parcela significativa de seu poder a um ícone teoricamente soberano, que por sua vez, regido em suas

formas de representação, buscou promover a organização e a paz social em cada momento percorrido (DALLARI, 2002, p. 45). Com o passar dos séculos, as relações humanas em muito evoluíram, sendo criados novos conceitos, novas necessidades e novas culturas. Observa-se, assim, que, a ciência jurídica positivada, é conduzida por efetivos prazos de validade, os quais se renovam, diuturnamente, com o progresso das normas, dos valores e dos fatos.

E este processo de evolução insurge com maior notoriedade nas normas constitucionais, posto que representam, sintomaticamente, a seleção mais importante das vozes sociais, representando, assim, os próprios modelos de comando para a criação do ordenamento infraconstitucional. A estagnação das mesmas, em última análise, corresponde não apenas à paralisação dos anseios sociais, mas sim, a um retrocesso da própria natureza humana, a qual conduziu o homem enquanto ser livre e desimpedido, a limitar suas prerrogativas em benefício de uma sociedade como um todo.

Desta forma, é o ordenamento constitucional o termômetro capital para se medir a evolução dos povos, os quais visualizam nos catálogos normativos não apenas os ideais naquele momento sedimentados, mas também, a certeza de que aquele texto seguirá as transformações do meio em que vivem. Retirar este progresso constitucional é o mesmo que persuadir os verdadeiros ideais de um Estado enquanto ente protetor, a ponto de promover uma verdadeira inversão de valores, cuja consequência não é outra senão a minimização da capacidade humana.

Partindo do pressuposto de que o Brasil se encontra regido em seu contexto jurídico, não apenas pelo texto isolado da Constituição Federal, promulgada no ano de 1988, mas sim, por um verdadeiro sistema constitucional, o qual é composto tanto por normas sedimentadas em seus códigos infraconstitucionais, bem como por elementos sociais influentes, os quais mencionamos os partidos políticos, grupos de interesses, categorias patronais, empresariais ou

trabalhistas, a opinião pública, enfim, toda a ordem de forças que consagram a estrutura de uma sociedade organizada, é possível visualizar, através de uma análise responsável e sincera, diversas características que refletem, ao mesmo tempo, a vigência de um sistema jurídico qualificados por sua abertura e receptividade cognitiva, como também, em outros pontos, a presença de um sistema jurídico fortemente fechado, conduzido por instrumentos notoriamente intransponíveis.

Observa-se, inicialmente, a abertura do sistema brasileiro através da própria natureza evolutiva do texto constitucional, o qual não pode ser em momento algum um documento fechado e estático. Se a vida social pressupõe um constante processo de mutação, o fenômeno jurídico que pretende fundamentalmente regular a vida em sociedade, não poderia deixar de sofrer alterações (BASTOS, 2001, p. 53). Dois são os meios capazes de promover a atualização do texto constitucional, sendo o primeiro realizado através da provocação do poder constituinte reformador, e o segundo, por meio da utilização da hermenêutica jurídica.

No tocante ao primeiro, ou seja, o poder reformador, tal se desenvolve através da aprovação de emendas constitucionais, capazes de alterar a literalidade do Texto Constitucional, rumo a compatibilizá-lo com as necessidades sociais. Longe de se tratar de ato passível de pena de morte, como ocorria na França antiga (LABOULAYE, 1872, p. 156), o poder reformado busca romper com teses absurdas de imutabilidade, as quais colidem de frente com os conceitos mais elementares da sociedade, vida e dignidade humana. Projeta-se, assim, em pequenas reformas, o espírito da sociedade, o qual deve ser respeitado em todos os sentidos.

Também com o mesmo intuito, encontra-se a hermenêutica jurídica, a qual busca promover a alteração do Texto Constitucional através da interpretação praticada pelos operadores de direito, sobretudo, os do Poder Judiciário. A hermenêutica, conforme lições de Emilio Betti (1971, p. 62), é o instrumento acoplado ao espírito das pessoas, que “engloba o

estudo da atividade humana de interpretar”. Uma vez direcionada para atividade jurídica, conduz o intérprete a expor o significado das expressões técnicas, institutos doutrinários e determinadas normas presentes no ordenamento jurídico, tomando como base, sempre, os conceitos esculpidos pela razão humana, pela realidade social, pela experiência dos homens e pelas balizas mais lapidadas de justiça.

Ademais, o exercício da soberania popular também pode ser considerado como instituto provedor da abertura do sistema brasileiro, o qual se encontra regido pelos instrumentos de plebiscitos, referendos e iniciativa popular, consagrados pelo artigo 14 da Constituição Federal de 1988. São, por assim dizer, instrumentos que almejam assegurar aos cidadãos o acesso direto à condução pública, ou, se preferir, à participação imediata na vida política da nação (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 572), tendente a projetar, os alicerces de maior sustentação de um Estado qualificado como sendo democrático e de direitos.

De outro lado, também existem fatores que consagram o fechamento do sistema nacional, a começar pelas regras previstas nos incisos I, II e III, do artigo 60 da Constituição Federal de 1988, que por sua vez, limita o rol dos legitimados para apresentação de propostas de emenda constitucional (TEMER, 2002, p. 66). Esta limitação ataca, em última análise, à própria natureza do Texto Constitucional, cuja efetividade pressupõe a identificação aos anseios sociais.

Nada mais coerente em um sistema constitucional aberto do que a expansão da legitimidade para promover a atualização da Lei Maior, posto que, do contrário, o futuro do progresso constitucional estará nas mãos de poucos, subordinado a boa vontade da atuação destes privilegiados. Esta crítica, também se estende para a regra do artigo 103 do mesmo diploma, onde também representa norma de caráter limitativo, isto em relação à legitimidade ativa do controle de constitucionalidade abstrato das normas (ARAÚJO; SERRANO, 2002, p. 38).

O fechamento do sistema nacional pode também ser observado, através da atuação política dos nossos Tribunais Superiores, principalmente, quando se analisa os posicionamentos desastrosos do Supremo Tribunal Federal, o qual representa, por sua natureza constitutiva, órgão eminentemente político.

O desvio de conduta de alguns dos nossos julgadores, que preferem o caminho do interesse individual, ao invés do coletivo, rompe com qualquer ideal de justiça já traçado pelo ser humano na Terra, posto que o julgador investido deixa de lado em suas decisões as normas formalmente traçadas pela sociedade e escolhem, alternativamente, a promoção do benefício político. Tal situação somente poderia ser revertida em nosso Estado com a criação de um verdadeiro Tribunal Constitucional, nos moldes daquele existente na Alemanha (HESSE, 1998, p. 487-502), o qual passaria a interpretar a Constituição Federal à luz de suas reais determinações, de acordo com as opções valorativas básica, expressas em seu texto. (GUERRA, 2005, p. 74)

Desta forma, após analisar os pontos de abertura e fechamento, é possível concluir que o sistema constitucional brasileiro encontra-se fechado procedimentalmente, mas aberto cognitivamente³. O fechamento é notoriamente observado pelas sérias restrições quanto à legitimação do exercício do poder constitucional reformado e do controle de constitucionalidade abstrato da norma (fechamento formal), bem como pela interferência política das decisões dos Tribunais Superiores (fechamento material). De outro lado, tal sistema mostra-se aberto cognitivamente, que caberá ao Poder Judiciário, bem como a doutrina nacional - isto por meio de suas respectivas atuações - desenvolver diariamente esta abertura, visando à aplicação justa da norma e o máximo equilíbrio nas relações sociais.

³ Essa conclusão foi obtida através da análise da doutrina de Niklas Luhmann (LUHMANN, N. *Rechtssoziologie*. vs. 1 e 2. Hamburg: Studium/Rowohlt, 1972)

3.3 O exercício do poder reformador: Instrumento que dá vida e promove a evolução do ordenamento jurídico

Como se sabe, a manifestação primeira e mais elevada da própria existência da soberania popular é faticamente notada através do exercício sério e efetivo do chamado poder constituinte originário. É ele o responsável por inaugurar as normas máximas que conduzirão o destino de uma população, a fim de concentrar tarefas, fixar metas e direcionar as vontades individuais de seus jurisdicionados.

Referido poder traz em seu rótulo a total ausência de limites, ou ao menos limites mais específicos, posto que sempre deverá observar os padrões mínimos da realidade, de modo a justifica e dotá-lo de todas as condições de implantar a ordem social, servindo como instrumento de construção de uma nova ordem que se forma, focando todas as suas energias para a regularização do Estado, para o balizamento de suas funções e por fim, para garantir, através de direitos, a liberdade de seus jurisdicionados.

Todavia, chega-se o momento da reforma daquela visão inicial, posto que o tempo, carreado pela evolução social e disseminação de cultura, faz resplandecer novas necessidades, técnicas de vidas e visões do mundo em que vivemos. Para Silva (2000, p. 61), o termo reforma: “Consiste num processo não formal de mudanças das constituições rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do Estado”.

Daí o citado mestre fazer referência à reforma como gênero para englobar os métodos de mudança constitucional – emenda e revisão, salientando que emenda “é o processo formal de mudança”.

Quando abordarmos o tema de reforma constitucional, não podemos fugir, nunca, do § 4º, do artigo 60, da Constituição Federal, posto que estabelece, em última análise, os limites de reforma, prescrevendo que:

CF. Art. 60 [...]

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

Observa-se, assim, com maior ênfase no nosso ordenamento, limitações de caráter material, as quais aparecem como imposição do próprio legislador constituinte ao excluir determinadas matérias do conteúdo de incidência do poder de reforma.

Entretanto, ao se analisar este tema, observa-se parte da doutrina que visualiza na norma constitucional um norte para se ampliar ainda mais tal limitação. Sobre o tema, escreve o professor Silva (2000, p. 245):

É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: ‘Fica abolida a Federação’, ou ‘Suprima-se o inciso II do art. 5º’. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer dos elementos conceituais da Federação no sentido de seu enfraquecimento, isto é, que encaminhe, ‘tenda’ (emenda ‘tendente’, diz o texto) para sua abolição, ou emenda que ‘tenda’ a enfraquecer qualquer dos direitos e garantias individuais constante do art. 5º.

Ainda sobre esse tema, utilizando-se de palavras precisas, o professor Vieira (1999, p. 135), ensina:

Ao impedir a deliberação sobre proposta de emenda ‘tendente a abolir’ esses princípios, instituições e direito, o constituinte colocou-se em posição hierarquicamente superior a das demais normas da Constituição. Corrobora com essa afirmação Ferreira (1994, p. 4362), ao declinar que: “Veda-se não apenas a emenda que suprima princípios fundamentais, mas também aqueles que, sem suprimi-los de imediato, acabam por lesá-los deflagrando o processo de erosão da ordem constitucional.

Em que pese tais posições, às quais não são unânimes na doutrina nacional, a um bom tempo vêm surgindo preocupações um tanto quanto coerentes, voltadas para uma análise

mais liberal do ordenamento, cuja preocupação sobre o mesmo não se limita em analisá-lo como um ser estático e imortalizado, mas sim, um sujeito que necessita de reformas e evoluções, que proporcione aos seus jurisdicionados a visão real das relações humanas, sem que ocorra uma desestabilização entre as pretensões populares e às normas propostas e suas soluções.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1988, p. 10), alerta que, por ser exceção e não regra, a limitação material “há de ser interpretada restritivamente”, de modo que os parâmetros de atuação do poder constituinte reformador ganham fôlego para sustentar e projetar as normas constitucionais.

Certo é, pois, que a norma emanada do poder reformador, ou poder constituinte derivado, não pode, validamente, alterar regras que, em virtude de preceitos explícitos do poder constituinte originário, está amparada por cláusula de imodificabilidade. Entretanto, uma vez fixado o rol de limitação material, a interpretação sobre os temas elencados não poderá atingir patamares de proporções incontroláveis, como se tais pontos fossem encontrados em todas as normas constitucionais, sob pena de se engessar o ordenamento jurídico e conduzi-lo a descaso obrigacional em total disparado a realidade da sociedade em que projeta sua vigência.

3.4 Razoabilidade e Proporcionalidade: Princípios do Sistema Constitucional

Aos 15 dias do mês de junho de 1215, surgiu para o mundo jurídico, um dos primeiros documentos aptos a restringir o poder inabalável dos soberanos. Almejado pelos barões ingleses e sabatinado pelo arcebispo de Carterbury, referido documento foi

denominado de Magna Carta do rei João “Sem Terra”, cuja principal característica foi constatada pelo disposto no artigo 39, quando então revelou a todos os jurisdicionados a inovadora cláusula *law of the lands*, atualmente conhecida como a garantia do *due process of law*.

Essa cláusula protagonizou o período de formação jurídica dos Estados Unidos da América, posto que antes mesmo das emendas n.º. 5 e 14 da constituição norte-americana, a garantia do *due process of law* foi capaz de fundamentar de forma eficaz e incisiva, a conturbada resistência dos cidadãos contra atos ilegais e arbitrários realizados pelo governo da época.

Ao passar das décadas, diversos foram os pontos de evolução da garantia do devido processo. Ao estudar o campo de sua incidência, Mesquita (2002, p. 44) alerta que a análise literal “é muito pobre para que dela se possa extrair toda a intenção da idéia”. Refere-se o notável Autor ao caráter *supraprocessual* da mencionada cláusula, que além de referendar o processo como garantia ao pleno direito subjetivo, tutelando a vida, a liberdade e a propriedade em suas mais abrangentes acepções (*procedural due process*), por outro lado, também resguarda a realização da justiça, incidindo no plano da própria formulação da norma, de modo a impor a observância absoluta de todos os direitos fundamentais do homem (*substantive due process*).

Nesse diapasão, não há como duvidar que o princípio da razoabilidade em muito se confunde com a garantia do devido processo legal, vez que tem como finalidade primordial a proteção do direito dos cidadãos face eventual arbítrio do poder estatal. Sua inserção no ordenamento jurídico tem valor incalculável, caracterizando-se como uma garantia essencial para a manutenção do regime democrático de direitos, uma vez que sua abrangência ultrapassa a condição de simples garantia processual.

Nelson Nery *apud* Mesquita (2002, p. 47), quando explica o devido processo em seu aspecto substancial, expõe que:

Decorre daí a imperatividade de o legislador produzir leis que satisfaçam ao interesse público, traduzindo-se essa tarefa no princípio da razoabilidade das leis. Toda lei que não for razoável, isto é, que não seja a 'law of the land', é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.

Importante mencionar, neste ponto, a lição de Barroso (2001, p. 04), quando separa o princípio da razoabilidade em sentido interno e externo da norma:

A razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz respeito à existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no texto constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o fosse internamente.

Entretanto, o princípio da razoabilidade não se encontra previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, o que, por sua vez, não permite o raciocínio de estar afastado do sistema constitucional. A doutrina e jurisprudência vêm admitindo a sua positivação implícita, que pode ser extraído do artigo 5º, nos incisos LIV e XXXIX do texto constitucional.

De outro lado, reclamam os arquivos da história que a origem do princípio da proporcionalidade decorreu em sua magnitude do surgimento do Estado de Direito na Europa. Percorreu em sua evolução, os mesmos passos dos direitos e garantias individuais, alicerçando-se no dever do soberano de respeitar os direitos naturais* da humanidade.

Os objetivos do referido princípio, desde os primórdios do século XII, pautaram-se na criação de instrumentos apto a restringirem a Função Executiva do Estado, evitando-se, desta forma, os atos arbitrários e o próprio abuso de poder decorrentes cotidianamente da má

* Este primeiro pensamento encontrou amparo na teoria jusnaturalista.

utilização da “máquina administrativa”. Denota-se, portanto, e este ponto não há de ser negado, a influência precisa do Direito Administrativo, que fez do princípio da proporcionalidade a espécie mais importante do princípio da legalidade.

A Carta Magna Francesa de 1791, seguindo esta nova tendência, trouxe no seu artigo 3º o princípio da legalidade, cuja incidência atraiu imediatamente os olhos dos doutrinadores da época, que em seu fundamento, elaboraram diversos instrumentos que se mostravam nuclearmente alicerçados pelo princípio da proporcionalidade, cujo espoco não era outro se não o de restringir a Função Executiva ao cometimento de atos que guardassem a devida proporção entre os fins e os meios almejados.

Destaca-se que o princípio da proporcionalidade surgiu para a proteção dos direitos fundamentais do homem, de tal forma que para ser qualificado como proporcional, o ato deverá apresentar um perfeito equilíbrio entre o fim almejado e meio a ele empregado, de modo que decorra a menor onerosidade possível à pessoa humana e a maior eficácia possível em sua execução.

Assim como o princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade também não está expresso no texto constitucional, o que por sua vez também não o restringe em sua incidência. Bonavides (2002, p. 394) ao discorrer sobre a questão, assim nos orienta:

Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial.

Diversos são os preceitos constitucionais de que se pode extrair a existência do princípio da proporcionalidade, a começar pelo artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que normatizou o princípio da reserva legal. Toda a ação do poder público deve ser conforme

a lei e necessariamente reverenciada pelos ditames da proporcionalidade. Neste aspecto, vale alertar que o princípio da proporcionalidade limita não apenas os atos decorrentes da Função Executiva do Estado, mas também, os atos da Função Legislativa, com especial atenção àqueles que se atine a esfera dos direitos fundamentais.

Também nesse sentido estão os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, da Constituição Federal), dos quais o princípio da proporcionalidade tem papel essencial. Encontra também amparo no princípio republicano (artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal), no princípio da cidadania (artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal) e no princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal). No âmbito do Direito Penal, não se pode esquecer do princípio da individualização das penas (artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal) que garante implicitamente a sanção proporcional ao delito cometido.

Não restam dúvidas acerca da importância do princípio da razoabilidade no cenário jurídico, cuja incidência vem por assegurar além da atuação dos nossos julgadores na aplicação do direito atualmente vigente, também às futuras idealizações normativas que serão estabelecidas.

Já o princípio da proporcionalidade busca a garantia de respeito aos direitos fundamentais do ser humano, que uma vez afrontados permite ao interessado a imediata aferição da constitucionalidade do ato, de modo a proteger o ordenamento jurídico contra as incoerências do sistema e principalmente, a preservação dos alicerces fundamentais do Estado Democrático de Direitos.

3.5 Processo constitucional como instrumento necessário para a efetiva abertura do sistema

O Processo Constitucional nasce com a finalidade primordial e central de projetar a defesa e garantia incansável de todos os princípios dispostos pela Carta Magna, atuando sempre dentro de um parâmetro moldado pelo Estado Democrático de Direito, mas conferindo um relevo maior e significativo à proteção dos princípios que se direcionam de forma mais incisiva ao indivíduo, buscando evitar que atos e decisões ilegítimas das autoridades e entidades estatais possam ficar sem a devida e necessária resposta.

É o processo, por exemplo, como igual proteção ao exercício do direito à diferença, entendida esta, em toda a sua amplitude, ou seja, diversidade religiosa, de orientação sexual, de concepções e projetos de vida dos mais dispares possíveis, que afirma a circunstância de que toda decisão judicial, em si mesma, tem de estar e ser conforme às intenções constitucionais.

É evidente que todas as pretensões e benefícios do processo constitucional somente terão sucesso com a efetiva participação social. É nesse momento que as decisões jurídicas atingirão qualidades verdadeiramente democráticas, assegurando-se, assim, um processo justo, gerador de decisões efetivas e alicerçadas pelos princípios constitucionais.

Sobre o tema, José Alfredo de Oliveira Baracho (2003, p. 537), revela que:

A formulação de um processo constitucional que possa ser instrumento de absorção das crises e dos conflitos, a nível institucional, torna-se necessária para o Estado democrático, que somente assim poderá corresponder aos apelos da sociedade contemporânea. Este Processo não será, apenas, instrumento de realizações particulares, assentadas em concepções individualistas, que se satisfazem, com composições judiciais, que não ultrapassam interesses de minorias ou de grupos.

Não há como se negar que o processo não pode ser descrito sem ter em mente a idéia de justiça, já que esta se mostra de fundamental importância na formulação e justificação de todas as decisões judiciais dentro de um Estado Democrático e de Direitos. Pasquale Pasquino (2002, p. 359-369), ao tratar do Recurso Constitucional Direto, existente no ordenamento alemão, ao qual todo cidadão germânico é legitimado, deixa muito clara essa nova perspectiva, que o Processo Constitucional, em sua relação com as formas democráticas, tem tido necessidade de assumir:

Vale la pena di osservare, tornando sul rapporto fra giustizia costituzionale e democrazia, che questo tipo di ricorso sviluppa una dimensione nuova della partecipazione dei cittadini all'á vita pubblica. È forse possibile descrivere questo sistema come uno in cui i cittadini hanno di più che i semplici diritti politici di partecipazione al processo legislativo, esercitati attraverso la scelta dei rappresentanti (e del governo) in occasione di elezioni periodiche e competitive. Essi hanno anche il diritto di entrare in un dialogo continuo ed ininterrotto con i loro governanti, inviando ricorsi diretti ai giudici costituzionali e ottenendo risposte alle loro domande e rivendicazioni.

Em atenção a esta visão doutrinária, pode-se sim verificar que o Processo Constitucional e a Jurisdição Constitucional têm adquirido, a cada dia que passa, maior importância para o desenvolvimento e abertura do sistema, posto que novos temas e questionamentos, dos mais complexos e polêmicos possíveis, têm sido trazidos ao debate através da jurisprudência constitucional, instrumento este que, uma vez estabelecido em uma sociedade tão dinâmica como a nossa, assume papel notório e de crescente destaque.

À luz dessas idéias, observa-se que o processo constitucional, mais que um mecanismo protetor do próprio cidadão, posto que apresenta para todos os jurisdicionados os verdadeiros alicerces do Estado Democrático de Direito, trata-se de um instrumento que promove a própria abertura do sistema constitucional, posto que preserva em sua natureza técnico-formal os dois princípios nucleares de um processo liberatório, quais sejam: o que garante, o mais amplamente possível, a todos os cidadãos, o acesso ao Poder Judiciário, e

aquele que concretiza em toda a sua dimensão o devido processo legal, já que esses podem ser entendidos como pressupostos necessários ao exercício de todos os outros princípios.

Em conclusão, observa-se que a participação ativa e crítica do cidadão, trata-se de um requisito essencial para se ter uma identidade constitucional democrática, e os instrumentos processuais, abrindo espaço de discussão e argumentação a todos, são mecanismos centrais para o direito moderno, permitindo que sejam aplicadas, por exemplo, através de um efetivo procedimento contraditório, assegurando a plenitude ao devido processo legal e a justa solução dos casos concretos.

3.6 Supremo Tribunal Federal: Órgão formalizador de posições políticas ou verdadeiro Tribunal Constitucional?

Diz a história que, a associação das definições, rumos, projetos e programas de uma nação, vêm sendo exercidos de sobremaneira pelas funções executivas e legislativas, provenientes de suas estruturas de atuação e participação à esfera social. E por assim ser, o Poder Judiciário não seria capaz de realizar o exercício típico da gestão pública, nem teria o condão de se imiscuir nos aspectos decisórios dos demais poderes quando concernentes a questões meramente políticas.

Todavia, precedidas de rumores e posições até então antagônicas, passou-se a fomentar discussões e polêmicas acerca de uma possível natureza política do Poder Judiciário, notadamente representado nesta questão pelo seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal. E como é sabido, o controle de constitucionalidade, uma das especialidades do Supremo Tribunal Federal, somado ao controle de legalidade, implica em exercício de função de

natureza política, de concentração dos abusos das demais funções do Estado, cuja atuação do referido tribunal, é marcada como sendo a de um legislador negativo.

Nessa sincera linha de raciocínio, não há como se duvidar que as decisões do Supremo Tribunal Federal são projetadas através de alicerces políticos, cujos reflexos podem ser muitas vezes notado nos quatro cantos do país. Em sua maioria, são decisões que adotam critérios puramente partidários, em total afronto aos ideais constitucionais, terminando por invadir a própria competência dos demais poderes do Estado, passando assim, a gerir os rumos da nação, seus objetivos e pretensões perante o povo.

Sobre a atuação política dos tribunais, comenta Michel-Henry Fabre (1970, p. 157):

A meta do controle político é, assegurar a repartição constitucional das competências, relegando a segundo plano a proteção direta das liberdades individuais. O seu principal efeito, acrescenta o publicista, consiste em tolher o nascimento jurídico da lei inconstitucional.

Com tais perspectivas, não restam dúvidas do caráter político do Supremo Tribunal Federal, que em muito se afasta dos ideais projetados de um verdadeiro Tribunal Constitucional. E tais diferenças são ainda maiores quando analisamos questões relacionadas à sua competência e o formato de escolha de seus ministros.

Como é de fácil verificação, o Supremo Tribunal Federal, além de guardião do texto constitucional, carrega como martilho diário, a maçante e repetitiva tarefa de um órgão de apelação, passando a ser provocado a solucionar causas de menor importância quando comparadas aos verdadeiros interesses de uma nação. Por conseqüência, o tempo necessário para se julgar questões de real importância constitucional, passa a ser dividido com questões inferiores, desqualificando, assim, a atividade cognitiva necessária.

Outro ponto que minimiza a importância do Supremo Tribunal Federal como sendo um verdadeiro Tribunal Constitucional, como dito acima, está no modo como seus ministros são escolhidos. Nesse ponto, observa-se que os critérios atuais são no mínimo

antidemocráticos, posto que suas onze cadeiras passam a ser ocupadas por pessoas livremente indicadas pelo Presidente da República, que são submetidas à aprovação junto ao Senado Federal.

Longe de qualquer injustiça, deve-se mencionar que a liberdade da escolha pelo Presidente da República, como revela o texto normativo, deve observar pelo menos dois requisitos, uma vez que seus indicados devem possuir idade maior que 35 anos e menos de 65 anos e possuírem notável saber jurídico. Ainda que tais requisitos sejam amplamente desconsideráveis, isto, em razão da própria natureza do cargo em questão, melhor eles existindo do que a ausência dos mesmos.

Importante se notar a necessidade em se apoiar um maior credenciamento na escolha dos ministros, seja em relação a sua nomeação, em que seriam adotados critérios de maior participação popular, como também nas características técnicas de cada um dos candidatos. Como experiência, deve-se estudar com maior precisão, o modelo do Tribunal Alemão, composto por duas seções, cada uma delas integrada por oito juízes, que são eleitos por dois terços dos membros do Parlamento, sendo a metade pelos representantes do povo e a outra pelos representantes *dos Landers*, apresentando, assim, grande legitimidade em suas escolhas.

A real linha de atuação de um órgão verdadeiramente constitucional apóia-se através de critérios de caráter jurídico, os quais comportam em si critérios políticos. Conduto, a adoção simplesmente de critérios puramente políticos (econômicos, financeiros, internacionais, governamentais) estranhos à Constituição ou ao ordenamento jurídico implica em afastamento da legitimidade do Supremo Tribunal Federal, e por sua vez, em distorção de sua missão como Corte Constitucional.

E nos primórdios da república, não foram essas as pretensões visualizadas sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal. O mestre Rui Barbosa, em discurso⁴ solene, cujas palavras se eternizaram pelo vigor e atenção, assim se manifestou: “Eu instituo este Tribunal venerando, servo, incorruptível, guarda vigilante desta terra, mesmo durante o sono de todos, e o anuncio aos cidadãos, para que assim seja hoje pelo futuro adiante”.

Desta forma, ao se analisar a atividade e estrutura do Supremo Tribunal Federal, constata-se ser o mesmo um órgão carregado por vícios e de funções um tanto quanto indefinidas diante das pretensões do constituinte pátrio. Os objetos a serem perseguidos de um verdadeiro Tribunal Constitucional, por certo, não foram atingidos em um primeiro momento e pressupõem uma reforma em sua competência, no modelo de escolha dos ministros e acima de tudo, na conduta dos ocupantes de suas cadeiras, cuja atividade jurídica poderá sempre ser auxiliada pela política, mas nunca por esta substituída.

⁴ Trecho do discurso proferido perante o STF em 23.04.1892, durante defesa de hábeas corpus em defesa de presos políticos.

PARTE IV

4. O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

4.1 Controle de Constitucionalidade e suas espécies no cenário jurídico mundial

O controle de constitucionalidade, analisado à luz de suas finalidades para a manutenção do Estado Democrático de Direitos, surge como principal instrumento de garantia da efetividade do texto constitucional. É ele o responsável pela manutenção hierárquica dos atos emanados pelo Estado, onde a Constituição Federal apresenta-se como um conjunto de normas a qual todos os poderes e instituições devem se curvar. O ordenamento jurídico órfão de um controle de constitucionalidade perde sua espinha dorsal, destinando-se ao caos, autoritarismo e a desordem social.

Entretanto, se a leitura superficial deste instituto o caracteriza pela simplicidade e objetividade, quando observado através de uma óptica vertical, rápidas são as conclusões contrárias, posto que possui complexibilidade e importância tamanha, que é capaz até mesmo de refletir a própria personalidade jurídica de cada sistema nacional. E como dita a literatura jurídica, destacam-se dois sistemas de controle jurisdicional, sendo o primeiro identificado como “europeu”, também chamado de “austríaco”, e o segundo caracterizado como sistema “americano”.

Consolidado após a 2º Guerra Mundial, o sistema “europeu” caracteriza-se pelo controle abstrato, em que a norma é impugnada sem referência a qualquer caso concreto. Sua

atividade é exercida por um Tribunal Constitucional, órgão este que não se vincula ao Poder Judiciário e nem a qualquer outro Poder (Legislativo e Executivo), apontando, de forma bastante fiel, para a independência de atuações de seus membros, os quais, também não pertencem, em regra, a qualquer quadro público. Como exemplo, são mencionados o Tribunal Constitucional Alemão (1949) e Corte Constitucional Italiana (1948).

Conforme observa a doutrina de Enrique Alvarez Conde (1997, p. 285), o sistema “austríaco” “solo la via directa em el control de constitucionalidad de las leys, aunque a partir de la reforma de 1929 se introduce también lá via indirecta”. Ademais, menciona o Espanhol que “este sistema va a ser el que influirá de modo más decisivo en los modelos alemán e italiano, que son los antecedentes más cercanos a nuestro atual Tribunal Constitucional”.

De outro lado, o sistema “americano” realiza toda a sua atividade de controle na esfera normal e ordinária de atuação do Poder Judiciária. A análise da violação ao texto constitucional, necessariamente, advém da atividade jurisdicional de solução de um conflito pré-existente. Visualiza-se, assim, um conflito entre a norma legal e a disposição constitucional, resolve-se, sempre, através da posição hierárquica das normas.

Sobre o tema, Enrique Avarez Conde (1997, p. 286) adverte que:

El sistema norteamericano de judicial review, que es un sistema de justicia constitucional difuso, ya que todos los tribunales son competentes em este sentido, aunque se sienten vinculados por el principio stare decisis. Al próprio tiempo, únicamente se admite la via indirecta em nel control de constitucionalidad de las leys, no produciéndose tampoco la nulidad de la disposición afectada, sino punicamente su inaplicabilidad al caso concreto enjuiciado.

Válido se mencionar também, algumas características, em especial, do sistema francês, o qual se mostra dotado de intensas peculiaridades. Trata-se de um sistema realizado de maneira apenas preventiva, por um órgão especial, distinto dos três poderes clássicos, denominado Conselho Constitucional. Antes da promulgação, as leis são enviadas a esse

conselho que declara ou não a sua constitucionalidade, e essa decisão vincula as autoridades administrativas e judiciárias.

Não há, assim, em nenhuma hipótese, controle após a decisão, mas sim, sempre prévio, de modo a garantir a máxima segurança jurídica, onde a lei somente terá eficácia após passar pelo controle do mencionado órgão, sendo obrigatório para as leis complementares e facultativos para as leis ordinárias, de tal forma que após o início da eficácia normativa, não é mais possível qualquer tipo de controle de constitucionalidade, onde a lei será tida como definitivamente constitucional.

Entretanto, a atualidade na adoção dos modelos de controle de constitucionalidade pelos países, não se limita ao desenvolvimento das regras de apenas um deles, de modo que se passa a visualizar uma real personalidade. Cada sistema, assim, revela suas peculiaridades, muitas vezes produzindo uma simbiose entre os modelos europeu e americano, ou ainda, projetando regras mais tendentes a um deles.

Importante lembrar que, o modelo adotado pelo Brasil, incorporou as duas linhas de pensamento, com resultados gratificantes em determinados pontos e notoriamente prejudiciais em outros aspectos. Sem muito tempo para as críticas que podem ser feitas ao controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, por sua heterogeneidade, posto que acaba sendo um sistema desprovido de conotações próprias e atinentes àquela população que o recebe, temos neste país um exemplo paradigmático de como as diversas concepções de controle podem se reunir e efetivamente o fazem, em um dado ordenamento jurídico, sem que para tanto existam regras imutáveis ou inadaptáveis entre os povos da terra.

4.2 O espírito jurídico e político do Controle de Constitucionalidade das leis

Quando se analisa a cultura de atuação do Poder Judiciário, isto em relação ao desenvolvimento e projeção do sistema normativo vigente em cada país, voltado neste trabalho ao exercício do controle de constitucionalidade das leis, pode-se observar uma característica bastante relevante. Trata-se do espírito jurídico ou político que revestem tais decisões, as quais representam marcos sólidos e determinantes para o futuro do ordenamento jurídico de cada nação.

E a opção por uma ou outra diretriz é evidente entre os sistemas “americano” e “europeu”. Para Álvarez Conde (1997, p. 286), *“la filosofía política subyacente a ambos sistemas es muy diferente”*. Todavia, nenhum deles assumiu caráter radical e extremo ao cortejar dada posição de forma isolada. Há, por certo, uma prioridade de pensamentos, motivada pela própria estrutura legislativa e visualização cultural de cada um.

O sistema “americano”, por sua vez, imprime posição mais jurídica em suas decisões, e passou adotar tal posição no momento que se alicerçou pelo princípio federativo, assumindo, assim, uma fisionomia de caráter supra-legal e técnico-jurídico. Evidencia-se, por hora, uma análise pouco flexível da norma, com idéias pré-determinadas e fortemente asseguradas para o desempenho do controle das normas.

De outro lado, o sistema “europeu” preferiu a defesa e garantia da liberdade, assumindo assim, através da análise abstrata das normas, um controle com caráter mais político do que jurídico. Desloca-se dos alicerces de maior segurança previamente esculpidos pelos textos normativos, partindo para uma análise mais participativa e plural, focada nas adversidades e conotações que ressoam em dado momento social.

Tal atuação, há tempos vem sendo objeto de críticas, posto que como afirma Hans Kelsen (1.999, p. 42), os ideais de um Estado Democrático de Direitos passam a ser notoriamente ameaçados, vez que as tentações provenientes da politização dos atos, seriam capazes de transformar os juízes em verdadeiros legisladores negativos, a ponto de desestabilizar as estruturas e formalidades pré-existentes.

Todavia, com o dever de se evitar os extremos, assim como para se buscar uma posição de compromisso entre o controle jurídico e o controle político, tem-se admitido que os Tribunais Constitucionais são como os demais poderes públicos, órgãos constituídos, não podendo nunca arrogar-se da representação do poder constituinte, nem suplantar o núcleo de competência dos demais órgãos constitucionais, entre estes encontrando posição de destaque os parlamentos.

Nesse sentido, segue a doutrina de Álvarez Conde (1997, p. 286-287):

Lo que sucede es que la Constitución no es solo um texto normativo, sino que em él se produce la expresión de todo um sistema de valores. Por eso, la justicia constitucional supone na defensa de todos e cada uno de esos valores. Todo ello, naturalmente, implica que lá función de la justicia constitucional no puede - no debe - ser aséptica, sino que tiene que coadyuvar, junto com los demás poderes públicos, al desarrollo de los valores que sirven de fundamento a la Constitución, Desde esta configuración, plantear la disyundiva judicialización de la política/politización de la justicia es, em gran medida arrónea, ya que todos los instrumentos y mecanismos de socialización política - y la justicia constitucional debe se considerada uno de ellos - desarrollan una función política especialmente relevante em aquellos países que, como el nuestro, están tan necesitados de crear um auténtico sentimiento constituional, indispensable para lograr el asentamiento dês sistema democrático.

Assim, evidencia-se que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, no momento em que se realiza a proteção formal ao texto constitucional, segue por fundamentos muitas vezes alheios ao ordenamento posto, passando por fatos históricos e até mesmo apoiando-se a questões futuras. Entretanto, sempre será necessário a presença de uma ordenamento jurídico,

mesmo que seja de natureza moral, o qual será responsável pela segurança e motivação física dos atos, surgindo, assim, um ordenamento político jurídico ou jurídico-político.

4.3 O Controle de Constitucionalidade no Brasil: Aspectos históricos e principais características da legislação vigente

Ao longo dos anos, diversas e significativas foram as mudanças sofridas pelas regras do controle de constitucionalidade do país. Através da análise e estudo de cada ordenamento jurídico implantado e vigente no Brasil - alguns deles até mesmo influenciados por posições provenientes da legislação internacional – colheram dados e projetaram novas estruturas, chegando-se até a sua atual formatação, à qual se mostra marcada por uma combinação de elementos que representam o controle difuso com outros de notória influência do controle concentrado.

Outorgada no ano de 1824, a Carta Magna Imperial não regulamentou qualquer sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis. Atitude essa notoriamente justificável, posto que suas normas foram criadas à luz do ideal francês da rigorosa separação entre os poderes, em que caberia ao Poder Legislativo, a atribuição única e exclusiva de construir as leis, interpretá-las, suspendê-las, revogá-las e acima de tudo, velar na guarda da Constituição, marcando, sobretudo, os ideais rousseauianos de lei como expressão máxima da vontade popular. (MENDES, 1988, p. 77)

Já na Carta Constitucional de 1981, focada na influência cada vez mais contundente do direito norte-americano no constitucionalismo republicano nacional, foi introduzido no país o controle judicial difuso de constitucionalidade, ato este cujas raízes mostram-se cravadas no famoso caso *Marbury x Madison*, que ocorreu no ano de 1803, momento em

que a Suprema Corte proclamou solenemente a superioridade hierárquica do texto constitucional sobre as demais leis então vigentes.

O caráter difuso deste controle de constitucionalidade foi aperfeiçoado com a vigência da Constituição de 1946, cujo texto atribuiu competência ao Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, a execução de ato normativo declarado como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, concedendo-se, assim, efeitos de natureza *erga omnes* a referida decisões.

Seguindo tendência da época, isto após período do autoritarismo, a Constituição de 1946 restaurou o controle difuso, introduzindo no país a chamada representação interventiva, permitindo ao Procurador-Geral da República suscitar possível incompatibilidade de ato normativo estadual com os então denominados princípios constitucionais sensíveis, concretizando-se, assim, os primeiros pensamentos de um controle concentrado de constitucionalidade, posto que tal mecanismo permitia certo controle abstrato de normas, independente de um conflito já estabelecido.

Com a chegada da Constituição de 1967, a qual sofreu abrupta modificação pela Emenda 01/68, foi mantida a combinação dos sistemas difuso-incidental e concentrado-abstrato. Neste contexto, como observa Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 77), o controle abstrato de norma desempenhava função de caráter corretivo, na medida em que, mediante decisão direta e definitiva do Supremo Tribunal Federal, permitia superar a situação de insegurança jurídica e corrigir determinadas injustiças decorrentes da multiplicidade e da contrariedade dos julgados proferidos pelos diferentes juízes sobre a mesma matéria.

Por fim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorreu a adoção de um complexo sistema de controle de constitucionalidade, alicerçados por uma vasta manta principiológica e forte estruturação doutrinária. Como marca primordial, esse modelo rompe

com o monopólio antes existente em sua legitimidade ativa, a qual era exercida exclusivamente pelo Procurador Geral de Justiça.

Sobre esse ponto, acentua a doutrina de Luís Roberto Barroso (1998, p. 15): “[...] o florescente desenvolvimento da jurisdição constitucional no Brasil se deveu, substancialmente, à aplicação da legitimação ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade”.

Passou-se a se admitir, assim, novos autores para a propositura de ação de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 103 do texto constitucional. São eles:

- I – o Presidente da República;
- II – a mesa do Senado Federal;
- III – a mesa da Câmara dos Deputados;
- IV – a mesa da Assembléia Legislativa;
- V – o Governados do Estado;
- VI – o Procurador-Geral da República;
- VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Em conclusão, deve-se observar, a luz desse complexo sistema vigente de controle de constitucionalidade brasileiro, uma real modificação acerca do sentimento popular em relação a nossa Constituição, onde o texto, ao passar dos anos, efetiva a passos largos a sua identificação popular, buscando a paz nas relações entre os indivíduos e o controle contundente na atuação da atividade do Estado, cujo objetivo final, é a consolidação do nosso sistema, como sendo verdadeiramente constitucional.

Ao tratar da relação atual entre a população e o texto constitucional, observa o mestre Luís Roberto Barroso que (1998, p. 15) “trata-se ainda de um sentimento tímido, mas real e sincero, de maior respeito e até um certo carinho pela Lei Maior, a despeito à volubilidade de seu texto”. E arremata: “superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em

relação à Constituição. E para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor”.

4.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade: Competência, legitimados e os efeitos do controle abstrato da lei

Como é cediço, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, até a vigência da Emenda Constitucional n.º. 03/1993, tratava-se do único instrumento capaz de realizar o exercício do controle concentrado de constitucionalidade. Uma vez interposta e julgada procedente, a ADIn (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade) declara a norma como inconstitucional, cujos efeitos, de natureza *erga omnes*, passa a ser recepcionado entre todos os jurisdicionados.

Mais tarde, com o surgimento da referida Emenda Constitucional n.º. 03/1993, a ADIn recebeu o prestígio do efeito vinculante, dotando seus atos de maior poder e pertinência em relação ao mundo jurídico, passando-se a identificá-la pela especialidade de suas atos e principalmente pela efetividades de suas decisões.

Identificado pelo caráter objetivo, o processo que conduz a ADIn projeta seus atos na defesa da Constituição Federal, cuja tramitação ocorre sem a existência efetiva de um caso concreto, fator este que direciona e especializa a própria atividade cognitiva do seu órgão julgador, que no caso em análise, é o Supremo Tribunal Federal, responsável exclusivo por sua condução e julgamento.

Além da inexistência de lide, constata-se no mencionado processo a impossibilidade de sua desistência, posto que mais que as intenções dos seus legitimados no momento de sua propositura, tal instrumento processual carrega em os interesses maiores de toda uma

coletividade. Ademais, em sua fase de julgamento, o Poder Judiciário não poderá ampliar os objetivos que projetaram esta ação, todavia, não estará adstrito à sua fundamentação.

Outro fator importe de identificação da ADIn, está em seu campo material de atuação, a qual incidirá sobre “lei ou ato normativa federal ou estadual”. Desta já, é possível se constatar que o ato municipal não foi incluído neste rol, tratando-se, na verdade, de um opção legislativa, também caracterizada pela doutrina de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano (2002, p. 41) como “silêncio eloquente”.

Referida “falha”, pode ser sim reparada, desde que respeitadas outras exigências legais, por meio da arguição de descumprimento de preceitos fundamentais (lei nº. 9882/99, art. 1º, I), ou ainda através da via direta, desde que o Supremo Tribunal Federal aceite o Recurso Extraordinário. Caso haja a repetição de norma da Constituição Federal pela Constituição Estadual, tal controle é realizado pelo Tribunal de Justiça.

Válido ainda dizer que, para a realização do controle de constitucionalidade basta a promulgação e publicação (CLÈVE, 1993, p. 133) do ato normativo em questão, os quais podem ser, dentre outros: emendas constitucionais; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos e resoluções; regimentos internos dos tribunais; atos normativos do poder executivo.

Ponto de grande pertinência para o presente trabalho, atine-se a questão dos legitimados para a interposição da ADIn. Tal processo preferiu não obedecer às regras processuais comuns às demais ações, cujos motivos, em um primeiro momento, encontram-se apoiados nas consequências desta ação, posto que conduz e apresenta ao mundo jurídico uma relação processual singular, em que não existe pólo passivo, nem o interesse das partes envolvidas.

De acordo com a constituição anterior, apenas o Procurador Geral da República possuía legitimidade para a interposição da ADIn, fato este que praticamente eliminou do

sistema constitucional os benefícios provenientes do controle hierárquico das normas, o qual mostra-se de fundamental importância para a vida e para o futuro de qualquer ordenamento jurídico qualificado como sério.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o rol dos legitimados foi ampliado, com mais oito possíveis postulantes, integralizando o número de nove membros, quais sejam: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; os Governadores de Estado e o Governador do Distrito Federal; o Procurador Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; os partidos políticos com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Na fase de seu julgamento, uma vez fixados os parâmetros para a realização do controle, passa-se ao julgamento do mérito da ação direta de inconstitucionalidade. A ação poderá, evidentemente, acolher total ou parcialmente o pedido, ou ainda, rejeitá-lo, sendo que seu pronunciamento terá conteúdo declaratório do vício de inconstitucionalidade existente.

O Supremo Tribunal federal, todavia, poderá alcançar mão de outra técnica de julgamento, qual seja, a chamada interpretação conforme. Declarada a inconstitucionalidade, parcial ou total, inclusive no caso de interpretação conforme, a decisão tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal (lei n.º. 9868/99, art. 28).

Por fim, ainda sobre os efeitos, ressaltamos a regra do artigo 27 da lei n.º. 9868/99, ao permitir, pelo quorum de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, fundado a decisão em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, possa a Corte decidir com efeito *ex nunc* ou ainda a partir do momento em que achar necessária a produção dos efeitos.

Em suma, a regra, portanto, é *ex tunc*, porém pode-se declarar com efeito *ex nunc* ou então a partir de determinado período, sempre pelo quorum de 2/3, engenharia esta que permite, inegavelmente, a real adequação da decisão proferida a sua relação jurídica formulada, projetando ao meio social uma resposta adequada, em sua exata medida e padronizada pelos anseios de um Estado Democrático e de Direitos.

4.5 O fechamento do sistema e a violação dos ideais de um Estado Democrático de Direitos

Como acima declinado, a Constituição Federal de 1988 ampliou o rol dos legitimados para a interposição da Ação Declaratória de Inconstitucionalidades, passando a integralizar o número de nove possíveis postulantes, compostos pelo Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; os Governadores de Estado e o Governador do Distrito Federal; o Procurador Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; os partidos políticos com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (artigo 103 da Constituição Federal de 1988).

No que concerne ao controle jurisdicional de constitucionalidade, tem-se que há participação popular apenas no controle difuso, pois o próprio jurisdicionado, no caso concreto, provoca e participa da atividade jurisdicional na solução de uma lide. De outro lado, no controle concentrado de constitucionalidade, perdeu o constituinte uma ótima oportunidade de conferir legitimidade ao povo de deflagrar a jurisdição, ficando a participação popular

atrelada a certos entes representativos, como revela o rol do artigo 103 da Constituição Federal de 1988.

Por tratar-se de uma norma dotada de baixíssima ou quase nula densidade de conteúdo, fator este decorrente até mesmo de seu padrão objetivo, a atividade interpretativa passaria a sofrer, inequívoca, auto-limitação, posto que, sendo a norma não densa, não haveria elementos suficientes e capazes de favorecer, com a segurança jurídica necessária, a atuação do intérprete. Tal posição, de descendência Kelseniana, vem sendo cortejada pela doutrina do Professor Dimitri Dimoulis (2005, p. 11), a qual muito se respeita, todavia, quando se analisa a influência da norma em relação ao desenvolvimento do ordenamento jurídico vigente, não se pode concordar.

Isto porque, são estes os verdadeiros momentos que a Teoria da Heterointegração, carregada pela sempre viva corrente da autopoiese, fixa suas mais profundas garras de sustentação, posto que o ordenamento jurídico vigente, quando constituído em seus verdadeiros ideais sociais, pautado sobre tudo no bem estar de seu povo, tem o poder de se autoconstruir, superando suas omissões e lacunas, por meio da atividade responsável e compatível dos intérpretes. Assim, não há que se falar em autolimitação do intérprete.

É neste ponto que a já mencionada Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, cujo elemento central pauta-se na comunicação, passa a incidir notório prestígio. Isto porque, para Luhmann, é possível definir o sistema pela fronteira estabelecida entre ele mesmo e o meio ambiente que o norteia. Marca o seu interior - face a atuação do direito - pelo reduzido grau de complexidade, sendo que a comunicação atua por meio da seleção de quantidade limitada de informações disponíveis no exterior. Tais informações, somente são introduzidas no sistema (*input*), fazendo por incidir suas motivações, quando o próprio sistema assim permite, de tal forma que, uma vez processadas em seu interior, são novamente exteriorizadas (*output*) na forma de resposta pretendida pelo meio social.

Desta forma, partindo do pressuposto de que o nosso sistema normativo apresenta-se procedimentalmente fechado, mas aberto cognitivamente, e também, acreditando na baixa densidade da norma constitucional que elegeu apenas nove legitimados para a interposição da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (artigo 103 da Constituição Federal), não restam dúvidas quanto ao notório risco do fechamento cognitivo do sistema brasileiro, uma vez que a limitação dos legitimados, reduz na mesma medida os interesses, os objetivos e a própria evolução do sistema normativo, projetando, assim, ilegalidades, abuso de poder e uma incompreensível relativização aos ideais traçados pelo Estado Democrático de Direitos.

Favorecendo este entendimento, encontra-se a respeitada teoria da sociedade aberta dos intérpretes, de autoria do estudioso e publicista alemão Peter Haberle (1997), ao demonstrar que as normas que compõem o ordenamento jurídico de cada país não podem ser caracterizadas como sendo decisões intransponíveis e imutáveis. Defende o jurista que a hermenêutica constitucional é, em verdade, um processo aberto, não um mero estado de submissão ou recepção de uma ordem.

Para Peter Haberle (1997, p. 30):

A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes, sem entendimento amplo compõem essa realidade pluralista.

São, na verdade, preceitos que dependem da atividade efetiva do intérprete para cumprir seus reais ideais de vigência e concretude valorativa, sem os quais o corpo social seria fatalmente insustentável. Todavia, todos estes objetivos somente serão concretizados no momento em que se incorporar o real papel do sistema na vida jurídica de cada nação. Papel

este, textualmente identificado pela doutrina de Paulo Bonavides (2002, p. 125-126), ao mencionar a obra de Rolf-Peter Callies:

A nova concepção sistêmica traz para o Direito uma visão em que ele aparece precipuamente como instrumento destinado a garantir e proteger a participação do indivíduo nos papéis de comunicação social, sendo seu fim cardeal, qual se depreende das linhas expositivas daquele jurista, proporcionar e planejar a participação e as oportunidades tanto de informar-se como de comunicar-se numa sociedade compreendida em permanente processo de formação.

E a luz dessa óptica, já podemos observar em nosso ordenamento jurídico vigente, indícios de sua concretização, até porque, o acesso limitado à jurisdição constitucional (o que restringe o debate constitucional às manifestações dos proponentes e demais partes constitucionalmente autorizadas), somado à eficácia *erga omnes* das decisões proferidas, acaba por gerar um “déficit de legitimidade”⁵ das decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em sede de controle abstrato.

Nesse sentido, encontra-se a visão de Edgar Silveira Bueno Filho (2002, p. 18):

E, havendo dúvida sobre a constitucionalidade, é necessária, para garantir a segurança jurídica e a coerência do sistema, a solução do conflito. Se determinado ato normativo provoca dúvidas quanto a esse importante aspecto de sua validade, a ponto de justificar a movimentação das pessoas constitucionalmente designadas para exercer o processo de controle, nada melhor do que esmiuçá-lo, de forma exaustiva, de modo a se obter uma decisão mais segura e completa possível. Em outras palavras, a decisão proferida na atividade de controle da constitucionalidade deve ter sido precedida de exame exaustivo do ato normativo suspeito, de forma a mostrar aos jurisdicionados a sua conformidade ou desconformidade com a Constituição, espancando toda e qualquer dúvida suscitada. Não é por outra razão que o juiz norte-americano e presidente da Suprema Corte, num dos períodos mais férteis da atividade jurisdicional, advertiu: *‘Um tribunal que é final e irrecorrível precisa de escrutínio mais cuidadoso que qualquer outro. Poder irrecorrível é o mais apto para auto-satisfazer-se*

⁵ As expressões “déficit de legitimação” foram extraídas da doutrina do eminente Ministro Gilmar Mendes (1999, p. 498), declinadas em passagem na qual põe em destaque o entendimento de Peter Haberle, segundo o qual o Tribunal ‘há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional’, em ordem a pluralizar, em abordagem que deriva da abertura material da Constituição, o próprio debate em torno da controvérsia constitucional, conferindo-se, desse modo, expressão real e efetiva ao princípio democrático, sob pena de se instaurar, no âmbito do controle normativo abstrato, um indesejável ‘deficit de legitimidade’ das decisões que o Supremo Tribunal Federal venha a pronunciar no exercício, ‘in abstracto’, dos poderes inerentes à jurisdição constitucional.

e o menos apto para engajar-se em imparciais auto-análises. Em um país como o nosso, nenhuma instituição pública ou o pessoal que o opera pode estar acima do debate público. (Warren E. Burger, U.S. Chief Justice)

No entanto, esse amplo debate público dos temas constitucionais era difícil de se obter, pois a discussão no processo de ADIn ou ADC era restrita ao autor da ação e demais pessoas designadas para dela participar pelo texto constitucional (Advogado-Geral da União, Procurador-Geral da República e representante do órgão ou entidade que produziu o ato normativo).

Atenta ou não a isso, a recente Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, introduziu novidades de grande importância para o aperfeiçoamento do processo de controle abstrato da constitucionalidade. Destaque-se, dentre elas, a do § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99. Com efeito, apesar de o *caput* não admitir a intervenção de terceiros, o referido § 2º criou uma exceção à regra, de modo a permitir a manifestação de órgãos ou entidades, desde que os postulantes demonstrem a sua representatividade e a relevância da matéria. Este último dispositivo serviu para a consagração da presença do *amicus curiae* no processo de controle da constitucionalidade.

É nesse ponto que chamamos a atenção ao instituto do *amicus curiae*, inserido no ordenamento normativo, como bem declina o texto acima, através do parágrafo 2º, do artigo 7º, da lei n.º. 9968 de 1999⁶. No tocante a sua atividade, como bem observa Fredie Didier Jr. (2003, p. 08), o *amicus curiae* aparece no processo na qualidade de “auxiliar do juízo, com a finalidade de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário”, pois, “reconhece-se que o magistrado não detém, por vezes, conhecimentos necessários e suficientes para a prestação da melhor e mais adequada tutela jurisdicional”. Através de uma atuação desapegada de qualquer interesse decisório, o *amicus curiae* apresenta-se como fonte de conhecimento em assuntos inusitados, inéditos e controversos, trazendo aos autos pareceres e informações sobre o objeto discutido entre as partes.

E a presença do *amicus curiae* como instrumento ao Poder Judiciário, tem como alicerce seguro o princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira, posto que capacita e favorece a projeção do sistema jurídico como ideal do Estado Democrático e de Direitos, ampliando o número de vozes nos debates acerca da

⁶ Lei n.º. 9868/1.999, artigo 7º, § 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

constitucionalidade, a ponto de promover uma maior dinâmica na atuação dos nossos julgadores, enriquecendo a sua estrutura intelectual com fatos atualizados e em maior quantidade, transmitindo a sociedade como um todo, além de respostas mais seguras por meio de decisões qualificadas, também o exercício próprio de cidadania na busca da segurança jurídica.

Sobre o tema, Gilmar Ferreira Mendes (2002, p. 29):

O instituto em questão, de longa tradição no direito americano, visa a um objetivo dos mais relevantes: viabilizar a participação no processo de interessados e afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade. Como há facilmente de se perceber, trata-se de medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira. Para além disso, o dispositivo em questão acaba por ensejar a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações.

Em conclusão, o rol estabelecido pelo artigo 103 da Constituição Federal trata-se de um dos mecanismos que uma vez utilizado de forma desproporcional e desarrazoada será capaz de promover o fechamento⁷, engessamento e o próprio descrédito das normas que compõe o ordenamento jurídico pátrio, as quais visualizam a atuação do intérprete e conseqüente abertura sistêmica, como sendo os verdadeiros ideais de sobrevivência normativa diante da constante evolução da necessidade de cada cidadão.

E por assim ser, merece o controle de constitucionalidade, em especial atenção àquele exercido de forma concentrada, um aperfeiçoamento em suas estruturas, em que o rol de legitimados deverá ser eliminado, concedendo-se, assim, o poder de postulação a qualquer dos cidadãos, rompendo-se, em definitivo, com qualquer resquício absolutista e autoritarista que possa ter restado, cujo foco central é a visualização do nosso ordenamento jurídico não só

⁷ Com o escopo de evitarmos qualquer indagação acerca da posição em que se ocorre o fechamento do sistema, ou seja, se o mesmo se dá na porta da entrada (*inputs* – produção normativa) ou na por ta saída (*outputs* - jurisdição), valido anotarmos que o prejuízo passará a ser observado em ambos as vias, mais principalmente na atividade nuclear do organismo (sistema), posto que haverá um real engessamento em seu quando evolutivo,

como um conjunto de normas, mas sim, como sendo um verdadeiro sistema constitucional, capaz de evoluir, respirar e caminhar ao lado de cada um do povo, garantindo-se, assim, a presença espiritual e física de um verdadeiro Estado Democrático e de Direitos.

decorrente da própria limitação da legitimidade, fator este que restringe do homem comum a viabilidade de participar e contribuir com a ordem jurídica que lhe cerca.

CONCLUSÃO

A mensagem que o tema recomenda, pauta-se no sentido de que a verdadeira efetividade da atividade jurisdicional, tem como pressuposto imediato a composição de um sistema jurídico, posto que busca promover a amplitude da interferência constitucional, com o escopo de aproximar os conceitos quase sempre distanciados de “sociedade participativa” e “Estado soberano”, voltados para promover a real composição do ordenamento jurídico social.

Ao se analisar o sistema brasileiro, é possível concluir que o mesmo encontra-se fechado procedimentalmente, mas aberto cognitivamente. O fechamento é notoriamente observado pelas sérias restrições quanto à legitimação do exercício do poder constitucional reformado e do controle de constitucionalidade abstrato da norma (fechamento formal), bem como pela interferência política das decisões dos Tribunais Superiores (fechamento material), em especial o Supremo Tribunal Federal.

De outro lado, o sistema jurídico nacional mostra-se aberto cognitivamente, onde caberá ao Poder Judiciário, bem como a doutrina nacional, isto por meio de suas respectivas atuações, desenvolver diariamente esta abertura, visando à aplicação justa da norma e o máximo equilíbrio nas relações sociais.

Como última expressão do nosso pensamento, acreditamos que a condução normativa de uma sociedade devidamente organizada, deve apoiar em alicerces seguros e essencialmente naturais, projetados de forma efetiva e impessoal, dotados de valores sedimentados e desenvolvidos pelo nível elevado de cultural dos cidadãos que compõem o corpo social, quando então, poderá ser encontrado o tão almejado ordenamento verdadeiramente constitucional.

REFERÊNCIAS

APPIO, E. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAÚJO, L. A. D.; SERRANO, V. N. J. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARACHO, J. A. O. Jurisdição Constitucional da Liberdade. *In*: LEITE SAMPAIO, José Aderico (Org.) **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, L. A. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Dez Anos da Constituição de 1988. *In*: **Revista de Direito Administrativo**. n. 214. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1988.

BERCOVICI, G. **Soberania e Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERTALANFFY, L. V. **Teoria geral dos sistemas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1975.

BETTI, E. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**. Teoria Generale e dogmática. Milano: Giuffrè, 1971.

BÔAS FILHO, O. V. **O Direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.

BOBBIO, N. **Estado, Governo, Sociedade**: Para uma Teoria Geral da Política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1987.

_____. **A era dos direitos**. 17. t. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO FILHO, E. S. *Amicus Curiae*: A Democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. In: **Revista Diálogo Jurídico**. n. 14. junho/agosto. Salvador, 2002.

CALLIESS, R-P. *Rechtsthorie als Systemtheorie*. In: **Rechtstheorie**, Beitrage zur Grundlagendiskussion.

CALMON, J. J. P. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.

CAMPILONG, C. F. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonard, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Lisboa: Almedina, 1999.

_____. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almeida, 1991.

CHÂTELET, F. **História das idéias políticas**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1985.

CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CONDE, E. Á. **Curso de Derecho Constitucional**. 2. ed. v. 2. Madrid: Tecnos, 1997.

CORSI, G. *et all.* **Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

CRAMSCI, A. **Caderno do Cárcere**: Maquiavel e notas sobre o Estado e a Política. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002.

CRETELLA, J. J. **Elementos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

DALLARI, D. A. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAVID ARAUJO, L. A.; SERRANO NUNES, V. J. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DEUTSCH, K. W. **The Nerves of Overnment**. Models of Political Communication and Control, 1963.

DIDIER, F. J. Possibilidade de Sustentação Oral do *Amicus Curiae*. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, 2003.

DIMOULIS, D. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: Problemas de concretização e limitação. RT 832/11.

DWORKIN, Donald. **I diritti presi sul serio**. Bologna: Il Mulino, 1982.

EASTRON, D. The Analysis of Political Systems. In: **Political Sociology**. Inglaterra: Penguin, 1971.

FABRE, M. H. **Principes Républicains de Droit Constitutionnel**. 2. ed. Paris, 1970.

FARIA, J. E. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAZ, T. S. J. **Conceito de sistema no direito**: Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: RT, 1976.

FERREIRA FILHO, M. G. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FERREIRA, L. P. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA, G. M. Parecer 77 de 1994. In: **Diário dos Trabalhos Revisionais**, jun. 1994.

FONSECA, J. B. L. **Direito Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FRANCESCHINI, J. I. G. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996.

FRITJOF, C. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 1982.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA, W. S. F. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

_____. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERRA FILHO, W. S.; GRAU, E. R. **Direito Constitucional**. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 2001.

HABERLE, P. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HELLER, H. **Staatslehre, Leiden**, 1934.

HESSE, K. Die normative Kraft der Verfassung. In: **Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart**, Bd. 222.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Herk. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. **Força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JELLINEK, G. **Teoria Geral do Estado**. México: Fundo de Cultura Econômica, 2002.

KANT, I. **Kritik der reinen Vernunft, nach der ersten und zweiten Original - Ausgabe.** Hanburg: PhB, 1956.

KELSEN, H. **Contribuciones a la teoria pura del derecho.** Mexico: Fontamara, 1999.

_____. **Teoria pura do direito.** Trad. João Batista Machado. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KELLER, A. A. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 2007.

LABOULAYE, E. **Questions Constitutionnelles.** Paris, 1872.

LASSALE, F. **O que é uma constituição?** Porto Alegre: Villa Martha, 1980.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado.** 4. ed. São Paulo: LTR, 2002.

LEWANDOWSKI, E. R. Direitos fundamentais. In: **Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos.** São Paulo: Saraiva, 2005.

LOEWENSTEIN, K. **Teoría de la constitución.** Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ed. Ariel, 1970.

LOSANO, M. G. **Sistema e Struttura nel Diritto.** v. 1. Torino: [s.l.], 1968.

LUHMANN, N. **El derecho de la sociedad.** México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. **Rechtssoziologie.** v. 1. Hamburg: Studium/Rowohlt, 1972.

_____. **Rechtssoziologie.** v. 2. Hamburg: Studium/Rowohlt, 1972.

_____. **Sociologia do direito.** v. 1. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do direito.** v. 2. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MAGAHLÃES FILHO, G. B. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004.

MARTINS, I. G. S. (Org.) **Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARX, W. S. F. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

MASON, T. **Brandeis: Lawyer and Judge in the Modern State**. [s.l.], 1933.

MATURANA, H.; VARELA, F. **El arbor del conocimiento**. Santiago do Chile: Editorial Universitária, 1994.

MELO DE MESQUITA, E. **As tutelas cautelar e antecipada**. São Paulo: RT, 2002.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, G. F. A Evolução do Direito Constitucional Brasileiro e o Controle de Constitucionalidade da Lei. In: **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 1988.

_____. Controle de Constitucionalidade: uma análise das Leis 9.868/99 e 9.882/99. In: **Revista Diálogo Jurídico**. n. 11. Salvador: fevereiro/2002.

_____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MÉSZÁROS, I. Para além do capital: rumo a uma teoria da transição. **Boitempo Editorial**. São Paulo/Campinas: Unicamp, 2002.

MIRANDA, J. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MORAES, A. **Direitos humanos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY, N. J. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.

NOVAIS, F. M. Pressupostos hermenêuticos-constitucionais: a origem e o papel dos postulados constitucionais. In: TAVARES, A. R.; MENDES, G. F.; MARTINS, I. G. S. (Org.) **Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

OTERO, P. M. C. C. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex Edições, 1993.

_____. A crise do Estado de direitos fundamentais. In: TAVARES, A. R.; MENDES, G. F.; MARTINS, I. G. S. (Org.) **Lições de direito constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

PARSONS, T. **The Structure of Social Action**., 1931.

PASQUINO, P. Tipologia della giustizia costituzionale in Europa. In: **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**. n. 2. Roma, 2001.

PRÉLOT, Marcel. **Précis de Droit Constitutionnel**. 2. ed., 1990.

QUEIROZ, J. W. N. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

RAMOS, J. N. **Sistema brasileiro de direito econômico**. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.

RÁO, V. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

REALE, M. Cultura. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 22. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, 1940.

_____. **O direito como experiência.** São Paulo: Saraiva, 1968.

RIPERT, G. **Les forces créatrices du droit.** Paris: U.G., 1955.

SALDANHA, C. S. J. **A crise da democracia no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SANCHEZ, L. A. **Sistema político de la Constitución española de 1978.** 5. ed. Madrid: Edersa, 1987.

SCHNITT, C. **Verfassungserre.** Berlin: Unveraenderter Neudruck, 1954.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOTELO, M. F. **Razão Jurídica e Dignidade Humana.** São Paulo: Max Limonad, 1996.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Tratado de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.** São Paulo: Saraiva, 2003.

TEMER, M. **Elementos de direito constitucional.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VAZ, I. **Direito econômico da concorrência.** Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VERDÚ, P. L. **Teoría general de las articulaciones constitucionales.** Madrid: Dykinson, 1998.

VECCHIO, G. D. **O Estado e suas fontes de Direito.** Belo Horizonte: Editora Líder, 2005.

VIEIRA, O. V. **A constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999.

WIMMER, N. **Materialies Verfassungsverstaendnis**. Wien-New York: [s.l.], 1971.

WOLKMER, A. C. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: RT, 2003.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)