

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP**

Jefferson de Jesus Sousa

**INEFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO: A RESPOSTA DA TEORIA
INCLUSIVA**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2020

Jefferson de Jesus Sousa

**INEFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO: A RESPOSTA DA TEORIA
INCLUSIVA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito – Área de Concentração: Efetividade do Direito, sob orientação do Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho.

São Paulo

2020

Banca Examinadora

Professor orientador: Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho

Professor (a) examinador (a) Prof(a). Dr(a).:

Professor (a) examinador (a) Prof(a). Dr(a).:

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 001

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Finance Code 001.

Para OSVALDO FELIX DE SOUSA (*in memoriam*). Meu pai, te amo.

AGRADECIMENTOS

Diversas pessoas colaboraram direta e indiretamente para a conclusão deste trabalho. Impossível seria agradecer nominalmente a cada um dos amigos, familiares e colegas de estudo que compartilharam os últimos anos de dedicação, estudo e limitações que permitiram a conclusão deste trabalho.

Entretanto, fazer referência a algumas dessas pessoas que estiveram mais próximas durante esse percurso é o mínimo que se pode fazer para reconhecer e agradecer sua importância na minha vida e para este trabalho.

Em primeiro lugar, ao meu pai, OSVALDO FELIX DE SOUSA, que me ensinou a trabalhar duro pelos meus sonhos, mesmo quando todas as circunstâncias não se mostrarem favoráveis. Como poderia imaginar que o senhor nos deixaria tão cedo e não poderia presenciar o momento da conclusão deste mestrado que o senhor tanto apoiou? Sua presença e memória foram, são e sempre serão fundamentais na minha vida e o senhor estará comigo durante todo o tempo em que eu estiver nesta terra. Te amo.

À minha mãe MARIA DE JESUS SANTOS DE SOUSA, mulher guerreira, exemplo de perseverança, dedicação, inteligência e sensibilidade, o que seria de mim sem a senhora? Obrigado por cada conselho, repreensão e oração. Amo tanto a senhora de uma forma que eu nunca conseguirei expressar!

Agradeço a compreensão, a paciência, a colaboração e o amor da minha querida esposa CINTIA MAIARA DA CRUZ RODRIGUES SOUSA; nunca poderei compensar as horas em claro que você passou comigo enquanto estudava, lia e escrevia.

Às minhas irmãs ERICA DE JESUS SOUSA e ANDREZA DE JESUS SOUSA E SANTOS, obrigado por compreender todas as minhas ausências e a ajudar a preenchê-las nos bons e nos maus momentos.

À pequena MARIA CRISTINA DE JESUS SANTOS, minha sobrinha, que com sua alegria contagiante tornou mais suaves os dias difíceis pelos quais passamos. Suas palavras “tiiiio almoço”, mesmo quando queria dizer “brincar”, “correr” etc., simplesmente me emocionam. Dedico especialmente a você, minha pequena, o resultado deste trabalho.

Não poderia deixar de agradecer à PROFA. DRA. ANDREIA TASSIANE ANTONACCI, que tem me estimulado a investir na vida acadêmica desde os tempos de

graduação e recebeu com imensa alegria a notícia da minha aprovação e ingresso no mestrado da PUC-SP.

Também agradeço ao professor e amigo JOAQUIM EDUARDO PEREIRA, pois em 22 de maio de 2017, depois de uma de suas aulas, iniciamos uma conversa despreocupada que mudaria a minha vida completamente e que me trouxe até aqui. Muito obrigado por todas as dicas, sugestões e pelo estímulo em conhecer as aulas do mestrado na PUC-SP, inicialmente como ouvinte e logo após como aluno regular. Obrigado pela amizade.

Também não poderia deixar de agradecer aos amigos HELIO PENTEADO FILHO, OSVALDO ESTRELA VIEGAZ, ERICK BEYRUTH DE CARVALHO, ABÍLIO OSMAR DOS SANTOS e JOÃO PAULO DA SILVEIRA, que me acompanharam e apoiaram nessa jornada desde o início e se mostraram verdadeiros exemplos de amizade sincera e competência acadêmica.

Também agradeço a todos os amigos que fiz na MD ANDRADE ASSESSORIA EMPRESARIAL, um forte abraço àqueles que estiveram lado a lado comigo durante a maior parte do tempo de execução deste trabalho, especialmente aos amigos do “Jurídico I”, que muitas vezes assumiram as tarefas que deveriam ter sido cumpridas por mim, em todos os momentos em que precisei me ausentar. Um agradecimento especial ao sócio FLÁVIO DUSSO LOPEZ, meu coordenador e amigo que entendeu e apoiou este e outros projetos, e à DRA. DEBORA CRISTINA PRADO MAIDA, que, muito mais do que chefe, se mostrou uma verdadeira amiga nos momentos mais difíceis pelos quais passei.

Um muito obrigado especial aos professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, especialmente à PROFA. DRA. NATHALY CAMPITELLI ROQUE, pela leitura atenta e pelos diversos apontamentos durante a fase de qualificação deste trabalho; à PROFA. DRA. MARCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM, pelas aulas, pela leitura e sugestões acerca deste trabalho.

Agradeço ao PROF. DR. MARCIO PUGLIESI, à PROFA. DRA. PAOLA CANTARINI GUERRA e à PROFA. DRA. MARCIA REGINA PITTA LOPES AQUINO, por gentilmente aceitarem o convite para participação da defesa pública desse trabalho.

Ao meu orientador e “avô intelectual”, que também é um “pai intelectual”, como poderei agradecer? Pessoa ímpar, de saber invejável e humildade incrível. Sua obra, suas aulas e todas as nossas conversas foram lições impagáveis sobre Direito, sobre a modernidade, sobre a humanidade, sobre a filosofia e sobre mim mesmo.

Muito obrigado PROF. DR. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, nunca conseguirei retribuir tudo o que o senhor fez por mim! Obrigado por me receber com todo o carinho como ouvinte em suas aulas, por aceitar ser meu orientador, pela sua amizade. Minha admiração pelo senhor é visível, mas não poderia deixar de registrá-la aqui. Gratidão e admiração são palavras que expressam meus sentimentos pelo senhor.

Aproveito para renovar meu compromisso de continuar me esforçando e me dedicando a fim de conhecer mais e melhor sobre filosofia e direito e quem sabe um dia contribuir para uma sociedade melhor. Farei isso mantendo a “xícara vazia”, disponível para novos conhecimentos, como no provérbio atribuído ao mestre Nan-In, cujo exemplo foi dado pelo senhor em aula recente.

Agradeço à PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO (PUC/SP) especialmente nas pessoas de RAFAEL DE ARAÚJO SANTOS e RUI DE OLIVEIRA DOMINGOS, cujo trabalho incrível possibilita as condições acadêmicas para o desenvolvimento da pesquisa científica em Direito na PUC-SP.

Por fim, um especial agradecimento à COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR (CAPES), pela concessão da bolsa de estudos sem a qual este trabalho não poderia ser realizado.

Em tais circunstâncias o rigor da vida e as provações (julgamento por morte) são marcados pelo excesso. O que liga o terror, a morte e a liberdade é uma noção “extática” da temporalidade e da política. O futuro, aqui, pode ser autenticamente antecipado, mas não o presente. O presente em si é apenas um momento de visão – visão da liberdade que ainda não chegou.

ACHILLE MBEMBE – NECROPOLÍTICA

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO 1 – FILOSOFIA E PROCESSO: INTERPRETANDO E ARGUMENTANDO EM CONTEXTO	17
1.1 Abordagem pragmática da hermenêutica jurídica.....	21
1.2 Interpretação das normas constitucionais – Argumentação jurídica.....	25
CAPÍTULO 2 – O PARADIGMA ATUAL: (NEO)CONSTITUCIONALISMO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
2.2 Constitucionalismo moderno e constitucionalismo contemporâneo.....	31
2.3 A Constituição.....	35
CAPÍTULO 3 – NORMAS: OS PROCEDIMENTOS, AS REGRAS, OS PRINCÍPIOS E SUA NORMATIVIDADE	41
3.1 Considerações iniciais.....	41
3.2 Os princípios e as regras.....	43
3.2.1 <i>Ronald Dworkin</i>	43
3.2.2 <i>Robert Alexy</i>	45
3.3 Critérios para distinguir “princípios” e “regras”.....	48
3.4 Conceituando as normas de Direitos Fundamentais.....	49
CAPÍTULO 4 – PROCESSO E CONSTITUIÇÃO	57
4.2 Processo e procedimento: história e conceito.....	59
4.3 Materialização do direito processual.....	64
4.3.1 <i>Direito ao devido processo legal</i>	68
4.4 Procedimentalização do direito constitucional.....	71
CAPÍTULO 5 – CONSTITUIÇÃO NÃO EFETIVA: RAZÕES DOUTRINÁRIAS	74
5.1 Constitucionalização simbólica.....	74
5.2 Teoria das cargas de eficácia – doutrina constitucional inconstitucional?.....	78
5.2.1 <i>José Afonso da Silva e as normas de eficácia plena, contida e limitada</i>	79
5.2.2 <i>José Horácio Meirelles Teixeira – Leis programáticas como solução de compromisso</i>	83
5.2.3 <i>Paulo Bonavides – da Constituição liberal à Constituição social (ou da estabilidade à instabilidade)</i>	88
CAPÍTULO 6 – DIÁLOGOS COM A TEORIA PROCESSUAL DA CONSTITUIÇÃO	92
6.2 O princípio da proporcionalidade.....	92
6.2.1 <i>Por uma definição de proporcionalidade</i>	97
6.2.1.1 <i>Proporcionalidade em sentido positivo – “Proibição por defeito”</i>	100
6.2.2 <i>Crítica “à brasileira” ao princípio da proporcionalidade e ao paradigma valorativo</i>	101
6.3 Corte Constitucional.....	106
6.3.1 <i>O Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional?</i>	113
6.3.2 <i>O (ab)uso de medidas provisórias e o papel do STF</i>	119
6.3.2.1 <i>Panorama atual</i>	123

CAPÍTULO 7 – O PROCESSO JUDICIAL E A (NÃO) EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

126

7.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	126
7.2 Mandado de injunção.....	128
CONCLUSÃO	136
REFERÊNCIAS.....	139

RESUMO

SOUSA, Jefferson de Jesus. *Inefetividade da Constituição: a resposta da teoria inclusiva*. 2020. 145f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

O trabalho procura compreender a relação da Constituição Federal e o processo (em sentido amplo), visando a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos fundamentais de segunda dimensão. A opção teórica foi a utilização da obra do Professor Willis Santiago Guerra Filho, especialmente a Teoria Inclusiva (no sentido da epistemologia jurídica) por ele criada e desenvolvida. Analisamos o quadro hermenêutico, os conceitos de Constituição e de normas jurídicas. Na sequência, identificamos que a Constituição não é efetiva em muitos de seus aspectos, razão pela qual investigamos as razões que estariam promovendo essa situação: No plano doutrinário, constatamos que a “Constitucionalização Simbólica” promovida pela “Teoria das cargas de eficácia” é um dos fatores que dificulta o processo de efetivação, pois remete a um futuro indeterminado o dever de efetivação de direitos e neutraliza a participação política dos interessados. No plano institucional, a prevalência do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo e a ineficácia da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, associadas à falta de uma Corte Constitucional que promova por meio do princípio constitucional da proporcionalidade a efetivação da Constituição, completam o panorama que explica a inefetividade. A conclusão a que chegamos é que há um déficit de participação democrática da população nas decisões relativas a direitos fundamentais (mesmo que de forma indireta, por representação); portanto, para a mudança desse quadro deve haver necessariamente uma reforma institucional por meio de emenda constitucional que institua uma verdadeira Corte Constitucional com representatividade e possibilidade de um efetivo controle político por parte da população.

Palavras-chave: Teoria inclusiva; Proporcionalidade; Efetivação da Constituição; Processo; Teoria processual da Constituição.

ABSTRACT

SOUSA, Jefferson de Jesus. *Inefetividade da Constituição: a resposta da teoria inclusiva*. 2020. 145f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

The work seeks to understand the relationship of the Federal Constitution and the process (in a broad sense), aiming at the implementation of fundamental rights, especially second-dimensional fundamental rights. The theoretical option was the use of Professor Willis Santiago Guerra Filho's work, especially the Inclusive Theory (in the sense of legal epistemology) created and developed by him.

We analyzed the hermeneutic framework, the concepts of Constitution and legal norms. Then, we identified that Constitution is not effective in many of its aspects, which is why we investigated the reasons that would be promoting this situation: In the doctrinal plan, we found that the "Symbolic Constitutionalization" promoted by "Efficacy Charges Theory" is one of the factors that hinder the effective process, as it refers to an indefinite future the duty to enforce rights and neutralizes the political participation of those interested.

On the institutional level, the prevalence of the Executive Branch over the Legislative Branch and Declaratory Action of Unconstitutionality by Default and the Writ of Injunction, associated with the lack of a Constitutional Court that promotes through the constitutional principle of Proportionality the implementation of the Constitution, complete the panorama that explains the ineffectiveness.

The conclusion we have reached is that there is a deficit of democratic participation of the population in decisions concerning fundamental rights (even indirectly, by representation); therefore, to change of this framework, there must necessarily be an institutional reform through Constitutional Amendment that institutes a genuine Constitutional Court with representativeness and possibility of effective political control by the population.

KEYWORDS: Inclusive Theory, Proportionality, Implementation of the Constitution, Process, Procedural Theory of the Constitution..

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é, inicialmente, avaliar as relações existentes entre a Constituição Federal e o processo como formas de efetivação dos direitos fundamentais sociais elencados no texto da nossa Carta Política. Além disso, vamos estudar especialmente o papel da doutrina e da jurisprudência, pois nossa hipótese é justamente que esses dois “pilares” não vêm desempenhando o papel que se esperava deles, principalmente no que se refere à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e à doutrina conhecida como “Teoria das Cargas de Eficácia”. A primeira pela sua importância como principal corte jurídica do País e sua pretensão de ser ou tornar-se Corte Constitucional, e a segunda pela sua difusão no meio jurídico nacional causando o efeito denominado entre nós como “Constitucionalização Simbólica”.

Nossa hipótese se justifica pelo baixo índice de efetivação dos direitos fundamentais sociais, mesmo após 30 anos da entrada em vigor da atual Constituição. Essa situação se verifica nos mais diversos indicadores de desenvolvimento social.

Diante desse quadro, procuramos propor alternativas para promover maior efetividade dos direitos fundamentais sociais, tendo como base a teoria desenvolvida no Brasil pelo Professor Willis Santiago Guerra Filho, especialmente sua “Teoria Inclusiva”, publicada originalmente em 1989 com o título *Inclusive theories and conjectural knowledge in legal epistemology*, no volume 75 da *Archiv Fur Rechts- Und Sozialphilosophie*. Como o título do trabalho indica, trata-se de uma “Teoria Inclusiva” em epistemologia, ou seja, nas diferentes formas de abordagem e conhecimento válido do direito. Não há relação direta do título com a proposta de um “Positivismo Inclusivo” no sentido atribuído por Wilfrid J. Waluchow em seu livro *Inclusive legal positivism*, pois a discussão desse autor envolve a “inclusão” de valores morais no direito positivado, ou seja, não se trata de uma abordagem epistemológica, e sim valorativa.

A metodologia por nós adotada é a revisão bibliográfica da doutrina jurídica nacional e eventualmente autores estrangeiros e a análise de decisões jurisprudenciais paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal.

No primeiro capítulo, procuramos trabalhar no plano filosófico as escolas hermenêuticas e a forma que cada uma defende que devam ser realizadas as interpretações dos textos normativos, e como a (re)introdução de abordagens valorativas no sistema jurídico influenciou o desenvolvimento de novas escolas e métodos que se contrapõem aos métodos tradicionais, e que dessa polarização foi necessário encontrar uma “terceira via” que garantisse tanto um padrão de racionalidade quanto um caráter ético para os ordenamentos jurídicos.

Firmado esse primeiro aspecto, nos capítulos seguintes procuramos delimitar nosso estudo tanto no aspecto histórico como no conceitual. Por isso, apresentamos o estado atual do nosso constitucionalismo e depois de expor diversos conceitos de Constituições discutidos por vários autores, encontramos em condições de definir o conceito de “Constituição normativa”, com o qual desenvolvemos nossa pesquisa. Além disso, fizemos a importantíssima distinção entre regras, princípios e procedimentos, a qual permeará todo o trabalho.

O reconhecimento dos princípios de direitos fundamentais, com força normativa, provocou o deslocamento das principais decisões políticas para as Cortes Constitucionais após o fim da II Guerra Mundial, razão pela qual entender o conceito de princípio é indispensável para compreender o atual constitucionalismo e, com ele, o próprio sistema jurídico.

Em seguida, realizamos uma aproximação entre os conceitos de “processo” e “Constituição”, além de definir e diferenciar (sem deixar de relacionar) o conceito de procedimento.

Feitas todas as delimitações históricas e conceituais que consideramos pertinentes, apresentamos no Capítulo 5 o “diagnóstico” do problema, tendo como base a teoria de Harald Kindermann na forma como desenvolvida no Brasil por Marcelo Neves em sua *Constitucionalização simbólica*, por meio da qual foi possível perceber com maior clareza uma das “doenças” que afligem nossa Constituição, denominada por ele de “Constituição Álibi”. A “Constituição Álibi”, por sua vez, encontra guarida em nosso meio nas

normas “programáticas” da já referida e muito divulgada “Teoria das Cargas de Eficácia”, que apresentamos no mesmo capítulo na versão de importantes autores, e é também nele que procuramos refutá-la.

A outra “doença”, talvez a pior porque permite a existência da primeira, é a falta de um “Poder Constituinte material” na forma de uma Corte Constitucional. Esse problema foi identificado na nossa Constituição há muito tempo na teoria de Willis Santiago Guerra Filho. E é com essa teoria que exploraremos melhor o problema no Capítulo 6. É nele também que trabalhamos com o “princípio da proporcionalidade”, que se subdivide em três princípios parciais, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, e é neste último que será feita a ponderação entre os princípios colidentes, sempre preservando seu núcleo essencial que é a dignidade humana presente em todos os princípios que consagram direitos fundamentais, característica que irradia para todos os demais princípios em um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Por fim, realizamos algumas discussões acerca da interpretação dada a alguns institutos de direito processual, cuja finalidade é a efetivação de direitos em caso de omissão legislativa e/ou administrativa, com especial destaque para o mandado de injunção (que seria o “remédio”), pensado para evitar omissões legislativas que afetassem diretamente a esfera dos direitos subjetivos dos jurisdicionados, mas que por interpretações jurisprudenciais permaneceu durante muito tempo inócuo.

CAPÍTULO 1 – FILOSOFIA E PROCESSO: INTERPRETANDO E ARGUMENTANDO EM CONTEXTO

A filosofia do direito é, na visão de Willis Santiago Guerra Filho, uma instância crítica externa ao direito. É, portanto, um ramo da filosofia que visa avaliar os rumos do direito, podendo apontar seus aspectos passíveis de melhorias ou de repreensão.

Tratando-se especificamente de uma filosofia do direito processual, ela teria por finalidade

[...] o esclarecimento de questões como aquela da legitimação do poder por meio dos procedimentos decisórios examinaria valores subjacentes ao modo como se estruturam esses procedimentos, ou, ainda, a questão da finalidade a ser atendida com o recurso à regulamentação de formas processuais para tomar decisões vinculativas, isto é, a função do processo na ordem jurídica e social. Integrariam ainda o *corpus* teórico da filosofia do direito processual estudos de caráter epistemológico, dedicados a refletir sobre a *metodologia e hermenêutica específicas de sua inteligência*, cuja possibilidade se deduz da distinção ontológica ou melhor “deontológica” visto não “ser” o direito um “ser” (*ontos*), mas sim um “dever-ser” (*deontos*) – do direito material¹ (grifos nossos).

A abordagem do autor é ampla e concebe uma visão processual de todo o direito, e não só do direito processual. Entretanto, neste capítulo, seguiremos com ele, mas privilegiaremos o estudo do aspecto hermenêutico de uma “filosofia do direito processual”, pois outros aspectos do processo e da filosofia a ele inerentes serão tratados ao longo de todo o trabalho.

Atualmente, boa parte dos autores entende que a abordagem do direito ligada a uma filosofia analítica em que se acreditava deduzir todas as consequências jurídicas tendo como objeto unicamente a norma, cujos efeitos se aplicariam por uma série de relações lógicas, não é a mais adequada, pois distancia o direito da realidade, além de criar a falsa expectativa de que o direito estaria completamente contido nas normas positivadas. Não se desconsidera, contudo, que esse tipo de análise é um bom modelo de racionalidade.

¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 56-57.

Portanto, como garantir a necessária racionalidade no estudo do direito, sem desconsiderar a realidade (fatos)?

É preciso estabelecer, portanto, outro padrão de racionalidade que garanta ao mesmo tempo a legitimidade do resultado e que permita uma conexão com a realidade, que se dá, a nosso ver, com a participação ampla das partes.

Esse padrão de racionalidade é o processo, desde que realizado com todas as garantias implícitas, especialmente o chamado “devido processo legal” que será estudado no Capítulo 4 desta monografia. Também é no processo que se garante a conexão com a realidade, uma vez que as partes podem trazer elementos fáticos que serão valorados posteriormente.

A valorização dos elementos fáticos e normativos em um processo é um momento especial que merece ser destacado: a *interpretação*.

É no momento da interpretação que serão valorados todos os outros atos processuais e é a ele que nos dedicaremos neste capítulo. Por essa razão, é importante a questão hermenêutica.

Os *dois tipos clássicos* de interpretação adotados desde a entrada em vigor do Código Civil francês de 1804 pela “Escola da Exegese” foram os métodos gramatical e sistemático.

Miguel Reale destaca a importância da valorização da lei no início do século XIX, pois a Revolução Francesa e a codificação da legislação representavam a vitória da burguesia sobre a nobreza e o clero. Estes, por sua vez, eram detentores de uma série de prerrogativas que decorriam dos “costumes” praticados até então. Com a codificação, a lei passa a ser a única “fonte do direito”, a qual garantia a igualdade formal de todos e pregava uma noção de completude, ou seja, a solução de todos os problemas jurídicos, segundo essa vertente, poderia ser encontrada no próprio código.

Nesse contexto, ele destaca que “dois prismas” de interpretação dominaram o período imediatamente posterior à entrada em vigor do Código Civil de 1804 na França; o primeiro deles foi o “prisma” gramatical, que deveria permitir encontrar o “sentido rigoroso do texto” que, por sua vez, depende do “exame imparcial do texto”.

O segundo “prisma” é a avaliação sistemática ou “lógico-sistemática” que busca a interpretação de cada dispositivo legal em relação com os demais

dispositivos presentes no Código Civil, de modo a evitar incoerências internas ao sistema normativo.²

Esses dois aspectos, segundo Willis Santiago Guerra Filho, são representativos “da tensão dialética que marca todo o processo hermenêutico entre, por um lado, a *letra* do dispositivo e, por outro lado, o *espírito* que o anima”³ (grifos no original).

Essa tensão, ainda de acordo com o autor, formou duas correntes de doutrinadores: os primeiros, denominados “objetivistas”, procuravam encontrar em sua atividade hermenêutica a “vontade da lei” (o texto positivado, para eles, é independente da figura do legislador); os segundos são considerados “subjetivistas” por buscarem no ato interpretativo identificar a “vontade do legislador”⁴.

Karl Engisch apresenta a problemática da seguinte maneira:

Antes é precisamente aqui que começa a problemática central da teoria jurídica da interpretação: O conteúdo objetivo da lei e, conseqüentemente, o último “escopo da interpretação”, são determinados e fixados através da “vontade” do legislador histórico, manifestada então e uma vez por todas, de modo que a dogmática jurídica deva seguir as pisadas do historiador – não, claro está, em razão da história, mas em razão da própria matéria em causa –, ou não será, pelo contrário, que o conteúdo da lei tem autonomia em si mesmo e nas suas “palavras”, enquanto “vontade da lei”, enquanto sentido objetivo que é independente do mentar e do querer “subjectivos” do legislador histórico e que, por isso, em caso de necessidade, é capaz de movimento autónomo, é susceptível de evolução como tudo aquilo que participa do espírito “objectivo”.⁵

Conforme Miguel Reale, uma preocupação importante de ambas as correntes nesse período era a de respeitar o “princípio constitucional da divisão dos poderes”, ou seja, buscava-se apenas “aplicar” o direito, e não criá-lo, pois, se isso ocorresse, haveria uma invasão do campo de atuação do Legislativo.

O surgimento de dificuldades em razão de problemas novos que não poderiam ser solucionados apenas com base nas interpretações dos textos foi,

² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 277-279.

³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estudos jurídicos: teoria do direito civil*. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 1985. p. 63.

⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estudos jurídicos: teoria do direito civil*. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 1985. p. 62-63.

⁵ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 170.

ao longo do tempo, como dissemos, explicitando as deficiências de teorias da hermenêutica tradicional (que compreende os dois aspectos mencionados), de tal sorte que provocou uma degradação na pretensão da Escola da Exegese de “plenitude legal” e deu origem à interpretação histórica e à interpretação evolutiva.

A *interpretação histórica* teve origem na escola liderada por Savigny, que ficou conhecida justamente por Escola Histórica do Direito e defendia que a lei é uma realidade que se situava na progressão do tempo.

Por seu turno, a *compreensão progressiva* surgiu entre os *pandectistas* alemães. O método analítico e sistemático também estava presente na pandectística e sua base era o “Direito Romano Atual”, vigente na Alemanha, pois... foi só a partir de 1900 que essa nação passou a ter seu Código Civil”⁶. Vale destacar, ainda, outro ponto da obra de Miguel Reale:

A “Escola dos Pandectistas”, na Alemanha, corresponde, até certo ponto, à “Escola da Exegese” na França, no que se refere ao primado da norma legal e às técnicas de sua interpretação. Em virtude, porém, da inexistência de um Código Civil, os juristas alemães mostraram-se, por assim dizer, menos “legalistas”, dando mais atenção aos usos e costumes e aceitando a interpretação mais elástica do texto legal.⁷

Foi essa escola que inovou ao propor que a interpretação pode ser feita “em termos de intenção possível do legislador, não no seu tempo, mas, sim, na época em que se situa o intérprete”.

Também mencionada por Miguel Reale é a posição da “Escola da Livre Pesquisa do direito e o direito livre”, em que se destacam dois importantes autores: François Gény e Zitelmann. O primeiro já admitia em algumas hipóteses, ou seja, quando há evidente lacuna no direito, a possibilidade de uma pesquisa científica do direito a fim de descobrir a solução do caso concreto e “completar” ou “integrar” o sistema existente, mas respeitando as determinações positivas presentes. Zitelmann, por sua vez, argumenta que não há plenitude na lei e que, provada a existência de lacunas na legislação, o jurista deverá fazer uso de outros recursos disponíveis no direito (portanto, o direito não se limita mais à legislação), para completar a lacuna e oferecer a solução para o caso,

⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito* cit., p. 281-283.

⁷ Idem, p. 283.

pois “o direito interpretado não pode ter lacunas”. Ele ainda menciona a *compreensão sociológica* do direito presente no pensamento de Ehrlich em que a solução do caso jurídico poderia ser encontrada em uma de caráter sociológico [a sociologia naquele período destacava-se entre as ciências humanas], todas as vezes que a solução não estivesse previamente dada no texto da lei. Por fim, a posição de Hermann Kantorowicz radicaliza essa posição e afirma que, ainda segundo Miguel Reale, “cabe ao juiz julgar segundo os ditames da ciência e de sua consciência”.⁸

Após essa breve retrospectiva com base na obra de Miguel Reale acerca das discussões que se destacaram no final do século XIX e primeira metade do século XX, passaremos a abordar os aspectos atuais das discussões em hermenêutica jurídica e interpretação constitucional.

Willis Santiago Guerra Filho faz ao menos duas abordagens interpretativas com base na “pragmática”. Vejamos brevemente cada uma separadamente.

1.1 Abordagem pragmática da hermenêutica jurídica

Em sua *Introdução a uma hermenêutica pragmática do discurso normativo*, ele começa explicando o termo “pragmática” com base na obra de seu idealizador, Charles Sanders Peirce, que posteriormente adota o termo “pragmaticismo”, na qual o autor defende uma teoria voltada para a prática, em que tudo deve ser testado por seus resultados práticos (“every thing is to be tested by it practical results”).

Nesse sentido, buscam-se resultados que “funcionem”, e não apenas descrevem o que “é”. Além disso, ao tratar de discursos “diretivos”, ou seja, aqueles que prescrevem uma determinada conduta (dever-ser), não se aplica o “problema da verdade”, pois só é possível identificar “verdade” ou “falsidade” quando se está tratando de algo no mundo do “ser”, e não no mundo das normas (“dever-ser”).

⁸ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito cit.*, p. 284-289.

A partir disso, Willis Santiago Guerra Filho propõe uma abordagem própria para o discurso normativo que parte da obra de Ferdinand de Saussure e sua análise do *discurso*, que o divide em três níveis de abstração, sendo o momento da “pragmática” o

[...] mais concreto, atende-se aos efeitos cognoscitivos, emocionais e volitivos decorrentes do ato locucionário, tendo em vista a *relação entre os usuários da linguagem*”. O segundo nível de abstração é o da “*semântica*” que na qual estuda-se “a relação de adequação dos signos aos objetos” e, por fim, a parte *sintática* que se dedica “exclusivamente à relação dos signos entre si.”⁹

Nessa perspectiva, o objetivo inicial da hermenêutica jurídica é a *compreensão* do fenômeno, e não sua *descrição* (que seria o propósito das ciências físicas e naturais). Aquela, por sua vez, pode ser entendida como “o ato da consciência ou ato gnosiológico intuitivo com o que se constitui o método adequado para tratar os objetos culturais, como o Direito”.¹⁰ *Compreender* o direito é uma das formas de conhecimento (no sentido epistemológico) dele e a “a conexão íntima que se mostrou existir entre conhecimento e interpretação, a ponto de tornar-se em grande parte coincidentes a questão hermenêutica com a questão epistemológica jurídica”.

Dessa relação três possibilidades de abordar o direito entre os teóricos: a primeira busca identificar “a verdade”; outra entende a hermenêutica como uma técnica decisória; e, por fim, a posição de Hans Kelsen que separa radicalmente interpretação e aplicação, excluindo esta do campo de estudos da “ciência do direito”, dizendo que a aplicação se refere ao campo da “política do direito”.

Willis Santiago Guerra Filho está preocupado com a questão “eminente prática” em que o intérprete deve se preocupar em “saber como ele deverá se comportar diante da prescrição normativa”. A preocupação é saber como se deve aplicar o comando normativo.¹¹

Sem desconsiderar a possibilidade de diversos níveis de abstração da hermenêutica jurídica, o autor assinala a “interpretação operativa”, que está ligada à prática jurídica e se caracteriza pela existência de dois polos que

⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estudos jurídicos: teoria do direito civil cit.*, p. 55-57.

¹⁰ Idem, p. 58.

¹¹ Idem, p. 59-61.

disputam em torno de um dogma (lei). Nesse sentido, destaca-se a contribuição da semiótica para a construção de um modelo que permita estudar os signos e suas principais funções: a comunicação e a significação.

O modelo proposto parte de uma aproximação entre a função do “tradutor” e do “hermeneuta”, “pois ambas almejam alcançar uma fidelidade ou autenticidade máxima” entre a mensagem original e o produto da tradução/interpretação.

A analogia com a tradução é feita com base no trabalho de Vilém Flusser e é usada por Willis Santiago Guerra Filho e por Tercio Sampaio Ferraz Jr. e explicita muito bem as dificuldades inerentes ao ato de traduzir e que se aplicam ao interpretar.¹²⁻¹³

Para Willis Santiago Guerra Filho o trabalho de interpretação realizada pelo operador do direito é aquele de enquadrar a situação fática na hipótese normativa.

Isso significa a tradução de uma linguagem descritiva, com um conteúdo fático e da ordem do “ser” (al. **Sein**), para a linguagem prescritiva da norma jurídica. Existe, obviamente, um fosso intransponível entre ambas. Esta última se estrutura como um “dever ser”¹⁴.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. ressalta que, apesar de todas as dificuldades, as traduções ocorrem e é da análise das “regras básicas (das quais depende o sentido da frase)” e das “regras secundárias” (das quais depende a clareza) de ambas as línguas e suas relações que depende a boa tradução.

A questão se mostra mais relevante quando não há coincidência entre as regras básicas de ambas as línguas e, por isso, há a necessidade de “transferência indireta”, fazendo uso de uma “terceira língua”.

A tradução, portanto, dependerá da questão do *enfoque do tradutor* e da aceitação, pois há “confiança na competência” do tradutor e do intérprete.¹⁵

Interpretar é, nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Jr., fazer uma passagem de uma língua técnica de prescrições para uma língua “da realidade”:

¹² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 224-227.

¹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estudos jurídicos: teoria do direito civil cit.*, p. 69-74.

¹⁴ Idem, p. 70.

¹⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação cit.*, p. 228.

Quando interpretamos, analogamente com o que sucede na tradução, realizamos a passagem de uma língua, a das prescrições normativas (LN), para outra língua, a da realidade (LR). Note que estamos falando da interpretação de normas, e não de verificação de fatos [...]. A interpretação hermenêutica de que estamos tratando cuida da passagem de (LN) para (LR), portanto é uma questão interlinguística.

Esse tipo de interpretação consiste na construção de uma terceira língua, a língua técnica da hermenêutica dogmática (LH) e que pressupõe a existência de um “legislador racional”:

Trata-se de uma construção dogmática que não se confunde com o legislador normativo (o ato juridicamente competente, conforme o ordenamento) nem com o legislador real (a vontade que de fato positiva normas). É uma figura intermediária que funciona como um terceiro metalinguístico, em face da língua normativa (LN) e da língua-realidade (LR). A ele a hermenêutica reporta-se, quando fala “o legislador pretende que [...]”, a “a intenção do legislador é que [...]” ou mesmo “a *mens legis* nos diz que [...]”.

Essa conceituação “constitui a base (racional) para a fundamentação metodológica da atividade de interpretação jurídica”.¹⁶

Esse processo interpretativo se materializa em uma *paráfrase*, ou seja, um novo texto que não elimina o texto original, mas o reforça. “Ou seja, ao interpretar, a hermenêutica produz um acréscimo à função motivadora da língua normativa e realiza um ato de violência simbólica.”¹⁷

Willis Santiago Guerra Filho, analisando todo esse contexto e a forma como o intérprete trabalha com os códigos “forte” (pouca margem para interpretação) e “fraco” (diversas possibilidades interpretativas), conclui que “é a interpretação que efetivamente determina o sentido do texto interpretado, embora não o faça arbitrariamente, mas sim de acordo com certas regras, que no entanto não se encontram preestabelecidas em cada caso”.¹⁸

Entretanto, é possível claramente perceber que o tipo de linguagem normativa a que se referem os dois autores que estudamos até aqui trabalha com uma noção de norma jurídica que necessariamente contém uma descrição

¹⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação* cit., p. 233-235.

¹⁷ Idem, p. 237.

¹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estudos jurídicos: teoria do direito civil* cit., p. 77-78.

(de conduta), uma prescrição (permitido, proibido ou obrigatório) e uma consequência jurídica.

No entanto, nem todas as normas jurídicas são formadas com essa estrutura. As principais normas constitucionais, ou seja, aquelas que estabelecem direitos e garantias fundamentais, são positivadas na forma de princípios, como veremos no Capítulo 3.

Logo, como devem ser interpretadas as normas constitucionais de modo satisfatório?

Como mencionamos, Willis Santiago Guerra Filho trabalha com duas abordagens hermenêuticas, ambas baseadas na “pragmática”. Passaremos a estudar a segunda.

1.2 Interpretação das normas constitucionais – Argumentação jurídica

A interpretação das normas constitucionais é necessariamente diversa das normas infraconstitucionais, uma vez que a estrutura lógica da maior parte das normas é também diversa e, além disso, não há um parâmetro superior para avaliar sua adequação. A própria Constituição é o parâmetro de todo o ordenamento jurídico.

O estudo das normas será feito especificamente no Capítulo 3 deste trabalho, mas com o que foi dito até aqui já é possível esboçarmos de forma sucinta a ideia de um método para a interpretação da Constituição, e assim o faremos pois o tema é abordado de maneiras diferentes ao longo de todo o trabalho.

Como referimos, Willis Santiago Guerra Filho pensa ao menos duas formas de abordagem pragmática do direito. A primeira apresentamos no tópico anterior. A outra, no que toca apenas ao aspecto “pragmático”, está relacionada com a anterior, mas envolve outras características e posturas teóricas que passaremos a expor em seguida.

Nesse contexto, entretanto, a postura “pragmática” na abordagem do autor visa a superação da antítese

[...] entre posições que se apegam ao Direito como o único dotado de validade e aquelas que, de uma forma ou de outra, não reconhecem uma Cisão total entre Ser e Dever-Ser jurídico, buscando assim, quer em um plano fático, quer em outro plano, o metafísico, a verdadeira fonte de validade jurídica.¹⁹

A característica dessa postura é o “*diálogo* entre as posições teóricas opostas, para chegar a um acordo possível entre elas, o que decorre de sua determinação em conciliar teoria e prática”.²⁰

A postura filosófica mais afeta ao “rigor” científico, conhecida como filosofia analítica, é adotada por diversas “escolas” jurídicas, como vimos no tópico precedente, e acreditamos que o que foi dito até aqui sobre ela e suas implicações no direito já é suficiente.

A “jurisprudência dos valores”, cujo caráter filosófico é mais próximo da ética do que da ciência e seus métodos propriamente, promoveu uma importante abertura no “rigor” da legislação após o fim da Segunda Guerra Mundial.

Carl Schmitt descreve o fenômeno com a finalidade de criticá-lo:

Al interpretar la Ley Fundamental de Bonn, los tribunales de la República Federal Alemana se fiaron de la lógica del valor sin grandes reparos. Con eso no se ha dicho aún que la lógica del valor haya alcanzado entre nosotros fuerza jurídica y fuerza de ley, como si, tras convertirse en una suerte de “estado del arte vinculante” – es decir, de jurisprudencia de los tribunales superiores alemanes –, se hubiese transformado finalmente en una versión alemana del *judge made law*. En cualquier caso, el legislador de la República Federal adopta también en este respecto una posición reservada. En cambio, un juez, en cuanto funcionario judicial, necesita una fundamentación objetiva para sus juicios y decisiones; para ello se le ofrece hoy una multiplicidad de filosofías del valor.²¹

Por sua vez, Willis Santiago Guerra Filho destaca:

Característica desse “pensamento orientado por valores” é a compreensão da norma jurídica como prescrição de um padrão avaliativo para a apreciação de casos concretos, o qual pode fazer remontar a juízos de valor esclarecedores do sentido normativo.²²

¹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini (colaborador). *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 142-143.

²⁰ Idem, p. 143-144.

²¹ SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores*. Buenos Aires: Hydra, 2009. p. 93-94.

²² GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini (colaborador). *Teoria da ciência jurídica* cit., p. 138.

Esse tipo de postura teórica despertou diversas críticas, principalmente por Carl Schmitt, que citamos há pouco, e por seus seguidores. Essas críticas ocorreram tanto quando de sua formulação no período entreguerras quanto depois de sua efetiva adoção pela Corte Constitucional alemã, que, além disso, a aplicou e desenvolveu.

Procura-se, então, uma “terceira via” que promova um diálogo entre as correntes formalistas e as correntes valorativas, destacando o que há de melhor em cada uma, ou seja, o ideal de racionalidade da primeira e o caráter ético da segunda.²³

A opção encontrada é uma *teoria da argumentação jurídica*, que assegura em um contexto prático a racionalidade pretendida na *aplicação* do direito, sem com isso garantir “conclusões de acerto indubitável sobre cada caso”. É no processo que as várias posições se manifestam e, tratando-se de princípios constitucionais, haverá a necessidade de estabelecer um critério para o “sopesamento”:

Essa variedade de posições decorre da pluralidade de valorações possíveis, o que nos leva a outra constatação fundamental: a necessidade de sopesar princípios, além da mera subsunção de fatos a normas, princípios esses que são, tal como as normas, partes do ordenamento jurídico, especialmente quando se trata de fazer uma interpretação “à luz da Constituição”, ou da própria Constituição, que é o texto normativo onde tais princípios naturalmente se localizam.²⁴

A teoria da argumentação jurídica proposta pressupõe o desenvolvimento de conceitos que não são definitivos, ou seja, eles se relacionam a circunstâncias fáticas em que foram elaborados. Além disso, sem desconsiderar os métodos da hermenêutica tradicional, é preciso desenvolver um método próprio para lidar com as normas jurídicas entendidas como princípios. A discussão inclui conteúdos de caráter filosófico-político e, por isso, exige novos métodos hermenêuticos de interpretação.²⁵

Em outro momento de sua obra, Willis Santiago Guerra Filho salienta:

²³ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini (colaborador). *Teoria da ciência jurídica* cit., p. 139-145.

²⁴ Idem, p. 147.

²⁵ Idem, p. 149-151.

É essa natureza diferenciada de princípios e regras que suscita a necessidade de se desenvolver uma hermenêutica constitucional igualmente diferenciada, diante da hermenêutica tradicional. Especialmente a distinção por último referida segundo a qual os princípios encontram-se em estado latente de colisão uns com os outros, requer o emprego dos princípios de interpretação constitucional.²⁶

O método proposto parte de uma “inversão”, ou seja, “da garantia de um dissenso”, pois o autor lembra que os “princípios são o resultado de um consenso sobre valores”.²⁷

Nesse contexto, privilegiam-se o diálogo e a intenção de “influir na atuação humana”, renunciando a uma pretensão de atingir “a verdade” e de realizar um trabalho “descritivo”. Outro ponto fundamental: as “situações e objetivos postos no futuro”.²⁸

É nesse contexto que se evidencia a *função hermenêutica do princípio da proporcionalidade*, ou seja, o princípio da proporcionalidade [...] implícito e pressuposto na reunião entre Estado de Direito e Democracia, e sua função hermenêutica é a de hierarquizar em situações concretas de conflito, todos os demais princípios a serem aplicados, fornecendo, assim, a unidade e consistência desejadas.²⁹

Dedicaremos um tópico específico no Capítulo 6 para melhor estudar o princípio da proporcionalidade.

²⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: SRS Editora, 2017. p. 71.

²⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaios de teoria constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 45-46.

²⁸ Idem, p. 46-47.

²⁹ Idem, p. 53-54.

CAPÍTULO 2 – O PARADIGMA ATUAL: (NEO)CONSTITUCIONALISMO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A história do que entendemos hoje por constitucionalismo e a formação do Estado Moderno estão umbilicalmente interligadas; elas são dois desdobramentos do mesmo fenômeno que normalmente se denomina de “modernidade”.

Paulo Bonavides, ao procurar o fundamento de surgimento do Estado Moderno, encontra no conceito de *soberania* sua razão unificadora. Para ele, esse conceito instituiu o Estado Moderno, pois foi ele que “inaugurou” a atual concepção de Estado, sem a qual [seria] “impossível de constituir-se se lhe falecesse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção”.³⁰

Essa concepção remete, sem dúvida, a Thomas Hobbes, que desenvolveu sua teoria da soberania e do “Estado Civil” em contraposição ao “Estado de desconfiança constante” em que os homens viviam quando ainda estavam no “Estado de Natureza”, em que todos queriam prevalecer, mas que todos eram razoavelmente iguais em força e, por isso, nenhum conseguia seu objetivo, porém viviam em estado constante de tensão, pois cada um poderia ser morto a qualquer momento por qualquer um dos demais, e a liberdade nessa concepção é contrária ao próprio bem dos indivíduos.³¹

A solução proposta pelo teórico inglês é a de que todos os homens abram mão de parte de seu direito natural à liberdade em favor de um só, que será chamado soberano, e que essa transferência crie um ente capaz de garantir a paz social, pois será mais forte que todos os demais, razão pela qual todos o respeitarão.³²

Nesse sentido, destacam Jean-Cassien Billier e Aglaé Maryoli que Hobbes cria um “preâmbulo” do que será chamado posteriormente de positivismo jurídico, pois toda a justificação do poder encontra-se no próprio

³⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 39.

³¹ HOBBS, Thomas. *Elementos do direito natural e político*. Tradução de Fernando Couto. Porto: RÉ-S-Editora, [s.d]. p. 99-109.

³² Idem, p. 155-163.

Estado, e não em uma fundamentação “cosmoteológica” até então existente, porém os mesmos autores registram que não se pode falar em positivismo nesse momento, pois não há qualquer autolimitação constitucional do Estado. Repetindo: o Estado é, para Thomas Hobbes, soberano, portanto não admite qualquer limitação, mesmo autolimitação é impensável. Portanto, os autores concluem que estamos muito mais próximos de um decisionismo do que de um positivismo (é uma doutrina mais política do que jurídica).³³

Entretanto, novamente com Paulo Bonavides, a soberania era ainda vinculada à pessoa do monarca e somente mais tarde no bojo das “Grandes Revoluções” é que ocorreu a institucionalização do “Estado”, ou seja, um ente diverso da pessoa do rei ou soberano. Nesse sentido, Maurizio Fioravanti realça a importância de Jean Bodin que realiza a distinção entre Estado e Governo.³⁴

O “Estado absoluto”, no qual a pessoa do monarca detinha o poder em razão do jusnaturalismo teológico que lhe garantia a legitimidade, passa, no curso da Revolução Francesa, ao “Estado Constitucional” ou “Estado de Direito”, no qual a noção de *povo* passa a ter papel preponderante. Paulo Bonavides assinala, ainda, que no campo filosófico essa “virada” se deu ainda com base no “Direito Natural”, não mais teológico como no absolutismo da Idade Média, mas no jusnaturalismo racionalista. Thomas Hobbes criou uma forma secular de justificação do absolutismo, baseada na “Teoria do medo” e visando “segurança jurídica”.³⁵

Dalmo de Abreu Dallari, em seu estudo sobre o Estado Moderno, identifica, assim como Paulo Bonavides, a característica de um “povo” e da “soberania” como essenciais para o Estado Moderno, porém inclui território e finalidade como elementos essenciais dessa forma de organização do Estado.³⁶ A finalidade, por sua vez, pode ser entendida como “a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade”.³⁷

³³ BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005. p. 138-142.

³⁴ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion*. De la Antigüedad a nuestros días. Tradução para o espanhol Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2007. p. 76.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado* cit., p. 45-47.

³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 70-73.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 39.

Todas essas noções apareceram diversas vezes ao estudarmos as teorias jurídicas que surgiram no século XIX e principalmente no século XX, e são fundamentais para entendermos o constitucionalismo moderno, bem como sua versão contemporânea.

É de observar, ainda, que, no campo da teoria e filosofia do direito, a noção de soberania estatal produz, segundo Norberto Bobbio, o fenômeno do *positivismo jurídico*, pois o Estado Moderno, diferente do Estado Medieval, requer para si a exclusividade da produção legislativa, não admitindo, ao menos num primeiro momento, qualquer outra “fonte do direito”, senão a lei. Assim, o direito passa a ser trabalhado e pensado como ordenamento jurídico, composto por normas gerais e abstratas. Dessarte, o direito é concebido como ordenamento racional da sociedade e, ao mesmo tempo, fornece ao Estado instrumentos para intervenção na vida social.³⁸

2.2 Constitucionalismo moderno e constitucionalismo contemporâneo

Existem autores que, ao investigarem o constitucionalismo, identificam suas origens históricas na Idade Antiga, especialmente no povo hebreu, que detinha uma forma de limitar o poder político em razão de suas convicções teológicas, passando pelas cidades-Estado gregas e, já na Idade Média, encontra no direito inglês elementos que podem ser considerados indícios do constitucionalismo moderno nascente.³⁹

Usamos aqui o termo constitucionalismo para nos referirmos ao que André Ramos Tavares trata por “constitucionalismo moderno”, ou seja, esse movimento que se incorpora e ganha força no final do século XVIII, no bojo das revoluções liberais e que busca com isso consolidar em um documento escrito (Constituição) todas as leis às quais a população e também os governantes estariam submetidos.⁴⁰⁻⁴¹

³⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 119-121.

³⁹ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 23-30.

⁴⁰ Idem, p. 30-34.

⁴¹ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Organização Maria Garcia. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2011. p. 94-101.

O constitucionalismo moderno surge, portanto, em contraposição à concepção soberana absolutista do Estado, ou seja, como uma forma de limitação do poder do Estado e de valorização das liberdades individuais. É com base nele que, por um lado, o direito passa a conferir legitimidade ao poder estatal e, de outro, se propõe a estabelecer a limitação do poder.

Nessa linha de raciocínio, George Abboud afirma que o constitucionalismo surge “como fenômeno histórico-político, cuja função consiste em limitar e racionalizar o poder político, estabelecendo *todas as regras normativas* a partir das quais o Estado pode agir”⁴² (grifos nossos). O mesmo autor defende que seria impensável Estado sem Constituição e Constituição sem Estado e que ela é a garantia máxima contra o arbítrio dos poderes públicos e também como norma fundamental.⁴³

A concepção que surge nesse primeiro momento é estritamente liberal, ou seja, essa Constituição assume a função de normatizar os órgãos do poder, limitando-os, e estabelece a definição de direitos de liberdade. A ideia é racionalizar e limitar o poder. O Estado, para essa concepção, deve ser mínimo.⁴⁴

Foi a concepção iluminista, segundo Dhenis Cruz Madeira, que gerou o *Estado liberal* e o individualismo privilegiou os direitos individuais de primeira geração, e, como veremos a seguir, basicamente se traduzem em prestações negativas, ou seja, não intervenção do Estado nos assuntos privados.⁴⁵ Por se tratar de formas de limitação do poder do Estado, ocorrem de maneira concomitante o processo de *codificação* das leis e sua aplicação literal, conforme postula a Escola da exegese (França).

Entretanto, novamente com Dhenis Cruz Madeira, logo se percebeu que a exploração econômica dos agentes privados produziu abusos e distanciamento dos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, como propostos pela burguesia e seu Iluminismo, e como resposta surgiu o *Estado*

⁴² ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 58.

⁴³ Idem, p. 58-59.

⁴⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2018. p. 37-38.

⁴⁵ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*. 1. ed. 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 93-94.

Social (Welfare State), com a Constituição mexicana de 1917, e logo depois a Constituição alemã de Weimar de 1919 também adotou esse modelo.

Segundo o autor, a busca pelo *interesse público* que deveria ser implementado pelo poder estatal e a falta de limites claros para a sua atuação na busca dessa finalidade concentraram muita força nas mãos do Estado, e a possibilidade de afastar a normatividade para alcançar os ditos fins sociais promoveu o surgimento de diversos regimes ditatoriais na primeira metade do século XX.⁴⁶

É justamente a tentativa de superação dos dois modelos de Estado até agora apresentados que proporcionou as condições para o surgimento do *Estado Democrático de Direito*, adotado pela Constituição brasileira de 1988 e por diversas outras nações na segunda metade do século XX. O Estado Democrático de Direito, enfatiza Willis Santiago Guerra Filho, caracteriza-se, portanto, como “uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado”.⁴⁷

É nesse contexto de superação das formas liberais e sociais (e até mesmo as denominadas socialistas) de Estado que se encontra a fundamentação para se compreender o que atualmente alguns denominam de *Neoconstitucionalismo*.

Trata-se do deslocamento do centro de decisões politicamente relevantes, conforme nos explica Willis Santiago Guerra Filho, que não usa o termo neoconstitucionalismo, mas ressalta a importância dessa conjuntura e extrai dela a necessidade de atenção especial para a Corte Constitucional e trata dela como “órgão diferenciado da estrutura do Judiciário”.⁴⁸⁻⁴⁹ Essa conclusão será explorada no item 6.3 adiante.

Nunca é demais lembrar que a Europa e principalmente a Alemanha foram completamente destruídas durante a Segunda Guerra Mundial. Além disso, o advento do Nazismo colocou a própria sociedade “moderna” da Europa

⁴⁶ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito* cit., p. 94-95

⁴⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais* cit., p. 96.

⁴⁸ Idem, p. 25.

⁴⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade informacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 20.

em xeque, ou seja, foi necessário a partir daí repensar a ciência, o direito e a própria modernidade.

No pós-guerra, especialmente após a Lei Fundamental de Bonn de 1949, o Positivismo estritamente formalista é superado por um novo modelo em que o conteúdo da legislação passa a ser objeto de apreciação da jurisdição constitucional.

Nelson Nery Jr. e George Abboud, utilizando o termo “constitucionalismo contemporâneo”, esclarecem que a partir desse movimento nem todo conteúdo pode ser considerado direito, ou seja, as Cortes Constitucionais passaram a controlar a materialidade da lei e a exercer função contramajoritária, segundo eles pela via judicial, além de positivizar garantias fundamentais. Os direitos fundamentais passaram a ter preponderância no texto das Constituições, que deixaram de simplesmente estabelecer a divisão de poderes e o processo legislativo.⁵⁰

Lenio Luiz Streck também prefere a expressão “constitucionalismo contemporâneo”, pois, segundo ele, o termo neoconstitucionalismo levaria a equívocos, uma vez que se trata da continuidade do processo histórico do constitucionalismo moderno.⁵¹

Também é de destacar, como nos lembrou verbalmente Willis Santiago Guerra Filho, a semelhança do termo neoconstitucionalismo com o vocábulo “neoliberalismo”, e isso também poderia levar a equívocos. Essa observação é importante, pois ambos os termos são semelhantes e também historicamente muito próximos.

Pelas razões supra-apontadas, utilizaremos a expressão “constitucionalismo contemporâneo” para designar o período atual de nosso constitucionalismo, mas, independentemente do termo que se adote, o que nos interessa precipuamente é entender o porquê do deslocamento do “centro de decisões” para as Cortes Constitucionais. Estudaremos no próximo capítulo como a adoção dos “princípios” jurídicos na ordem normativa promoveu esse deslocamento, pois é na forma de “princípios” que são consagrados os “direitos fundamentais”.

⁵⁰ NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro: curso completo*. São Paulo: RT, 2017. p. 85.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 67-68.

2.3 A Constituição

A tentativa de definir Constituição tem sido empreendida por importantes juristas e pensadores de outras áreas das ciências sociais e políticas. Há diversos conceitos e classificações, entretanto três destas ficaram mais conhecidas: a concepção política, a concepção sociológica e a concepção jurídica de Constituição.

A primeira concepção, atribuída a Carl Schmidt, considera a Constituição decisão política. Vejamos:

A Constituição vigente do Reich persevera na ideia democrática de unidade homogênea e indivisível e todo o povo alemão, o qual se outorgou uma Constituição por meio de seu poder constituinte e por meio de uma *decisão política positiva*, ou seja, por intermédio de um ato unilateral. Com isso, todas as interpretações e aplicações da Constituição de Weimar que se esforçam em fazer dela um contrato, um acordo ou algo semelhante, são solenemente rejeitadas como violações do espírito da Constituição (grifos nossos).⁵²

De forma resumida, José Afonso da Silva assim define o conceito de constituição de Carl Schmitt: a “decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política”.⁵³

A concepção sociológica, por sua vez, não atribui ao documento escrito promulgado ou outorgado pelo poder político qualquer importância, se ele estiver desvinculado da “Constituição real”. Para o autor dessa concepção, Ferdinand Lassalle, a Constituição é a “soma dos fatores reais de poder”.⁵⁴⁻⁵⁵

A última concepção “clássica” de Constituição é a jurídica. Hans Kelsen conceitua a Constituição como “norma pura, puro dever-ser”.⁵⁶ Atualmente, nenhuma dessas concepções é adotada em sua literalidade, mas os debates atuais acerca da Constituição partem dessas concepções e de seus desenvolvimentos, razão pela qual veremos algumas abordagens mais recentes.

⁵² SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 90-91.

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 38.

⁵⁴ Idem, p. 38.

⁵⁵ LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio e organização Aurélio Wander Bastos. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2019. p. 26 e 39.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 38-39.

Marcelo Neves trabalha com, pelo menos, mais quatro conceitos possíveis de Constituição, e a primeira seria o conceito relacionado ao “idealismo constitucional”, que considera “verdadeiras” apenas as Constituições que correspondam a certo “padrão valorativo ou a princípios ideais”. Seria, ainda segundo ele, uma Constituição que implica a “garantia da liberdade burguesa, a ‘divisão de poderes’ e uma forma escrita”.

O núcleo dessa concepção seria “‘A garantia’ dos chamados direitos fundamentais e limitação jurídica do poder estatal”, mesmo no caso de uma concepção democrática ou social democrática.

Como contraponto a essas concepções “unilaterais” surgem teorias “dialético-culturais” da Constituição que podem ser definidas como “síntese abrangente das três dimensões básicas referidas”, entre as quais se encontra com variações a concepção de Rudolf Smend de Constituição como “processo de integração”, na qual, assim como em Hermann Heller, o dever-ser constitucional é conceituado como conexão (ideal) de sentido, porém é condicionada pelo ser (real) ou dele recebe seu significado social.⁵⁷

Em seguida, Marcelo Neves, trabalhando no campo da teoria social sistêmica de Niklas Luhmann, traz mais dois conceitos de Constituição. O primeiro deles é o conceito de Constituição como “acoplamento estrutural” entre os sistemas jurídico e político. Nessa perspectiva, ela seria “fator e produto da diferenciação funcional entre direito e política como subsistemas da sociedade. Assim a constitucionalização apresenta-se como processo através do qual se realiza essa diferenciação”.⁵⁸

A diferenciação entre sistema e ambiente é o “artifício básico empregado pela teoria”, conforme explica Willis Santiago Guerra Filho, de tal modo que “o sistema total, a sociedade, aparece como ‘ambiente’ dos próprios sistemas parciais, que dele (e entre si) se diferenciam por reunirem certos *elementos*, ligados por *relações*, formando uma *unidade*” (grifos no original).⁵⁹⁻⁶⁰

⁵⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 59-64.

⁵⁸ Idem, p. 64-67.

⁵⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade informacional* cit., p. 47-52.

⁶⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Introdução à sociologia do direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 296.

Logo, novamente com Marcelo Neves, a Constituição apresenta-se como “prestações recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo interferência) entre dois sistemas sociais”. Representa, portanto, “solução jurídica do problema da autorreferência do sistema político, e ao mesmo tempo, uma solução política para o problema da autorreferência do sistema jurídico”. É essa solução que permite, nas sociedades complexas, a superação do modelo “hierárquico” que existia entre política e direito nas sociedades simples ou “pré-modernas”, passando a uma relação horizontal entre os dois sistemas, permitindo ao sistema jurídico usar seu próprio código “lícito/ilícito”⁶¹ ao tratar das contingências provenientes de outros sistemas sociais, especialmente ao sistema da política que usa o código “poder/não poder”.⁶²

Nada impede que um sistema seja ambiente para outro, ou seja, que existam “sistemas parciais”⁶³ dentro de um sistema. Essa “unidade” do sistema permite que “por ela se aplique, recorrentemente, a diferença entre sistema/meio ambiente, sem com isso perder sua organização”.⁶⁴

Nesse sentido, apresentaremos o último conceito explicado por Marcelo Neves que trata da Constituição como “subsistema” do sistema jurídico. Se por um lado a Constituição pode ser vista como “acoplamento estrutural” entre política e direito, de outro, “do ponto de vista político-sociológico”, pode ser considerada “instituto específico do próprio sistema jurídico”, e mesmo internamente ao sistema jurídico é possível perceber as normas constitucionais “como um caso particular de norma jurídica”, constituindo assim outra diferença

⁶¹ Importante registrar o problema de tradução que é discutido no Brasil acerca do código binário do sistema jurídico. Os autores apontam para a inexistência de um correspondente na língua nacional aos termos usados em alemão. Enquanto Guerra Filho rejeita a tradução “lícito/ilícito” que transmitiria uma ideia reduzida do sistema do direito, pois o limitaria à “legalidade”, ou seja, o “direito posto”, de modo que excluiria outras formas de manifestação do direito e prefere a tradução por “direito/não direito”. Marcelo Neves não admite tal tradução e prefere “lícito/ilícito, na falta de terminologia melhor, pois a diferença identificada no código binário é uma diferença interna ao sistema, portanto usar os termos “direito/não direito” causaria confusão na medida em que passaria a ideia de uma diferença externa ao próprio sistema.

⁶² NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica* cit., p. 65-66.

⁶³ Aqui também há que fazer uma observação quanto à tradução. Guerra Filho explica que entre os termos “sistema parcial” e “subsistema” é preferível o primeiro, pois entre os sistemas não há relação hierárquica. Mesmo quando um sistema é ambiente para o outro cada um tem sua complexidade própria e se define pela sua própria operação. Marcelo Neves, entretanto, trabalha com o termo “subsistema”. Contudo, ambos os autores estão lidando com o mesmo fenômeno no sentido trabalhado por Niklas Luhmann e, por isso, utilizaremos cada termo de acordo com o que cada autor adota, na medida em que fizermos referência a suas obras.

⁶⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Introdução à sociologia do direito* cit., p. 296.

e, portanto, outro sistema. Portanto, “a norma constitucional, como um caso particular de norma jurídica, representa um tipo de expectativa de comportamento contrafacticamente estabilizada, *não* é compreendida como *dever-ser ideal*”⁶⁵ (grifos nossos).

Para além desses conceitos, as Constituições são normalmente classificadas como Constituições materiais e constituições formais. A *Constituição material*, nessa perspectiva, é “o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais”.⁶⁶

A Constituição formal, por sua vez, é formada por todos os dispositivos escritos no documento, que podem ou não ter relação com os aspectos essenciais da Constituição (constituição material). Aqueles elementos que estão contidos no texto, mas não têm conexão direta com a matéria propriamente constitucional, são considerados apenas *formalmente* constitucionais.⁶⁷

Ainda no bojo dessa distinção aparentemente simples e em total consonância com os aspectos mencionados atribuídos à Constituição derivam duas correntes importantíssimas na teoria do direito.

São a *teoria material* da Constituição e a *teoria formal* da Constituição, cisão que envolveu, na primeira metade do século XX, dois juristas de renome já mencionados: Hans Kelsen e Carl Schmitt.

É nesse sentido que Paulo Bonavides distingue duas correntes de juristas, sendo a linhagem daqueles que adotam a teoria formal da constituição ligados a Laband, Jellinek e Kelsen, ou seja, culminou no positivismo da Escola de Viena. Por outro lado, os juristas mais ligados à teoria material da constituição cujos principais representantes seriam Schmitt, Smend, Hsü Dau-Lin, Heller, Schindler, Kägi e Haug.⁶⁸

Antes de tudo, seria interessante apresentarmos um conceito de Constituição formal e outro de Constituição material. Para Willis Santiago Guerra

⁶⁵ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica* cit., p. 67-68.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 80

⁶⁷ Idem, p. 80-83.

⁶⁸ Idem, p. 173.

Filho, o conceito de Constituição formal, de natureza jurídica e valorizada pelos adeptos do positivismo jurídico, é “a expressão da legalidade, do aspecto formal do Direito”.⁶⁹ Por sua vez, a Constituição material de natureza política é definida como “a expressão da realidade fática de uma sociedade, conteúdo natural das normas que devem regê-las, desde que estas sejam estabelecidas por um poder investido de legitimidade”.⁷⁰

Historicamente, cada uma dessas correntes apresentava contradições internas, no caso da teoria material da constituição. As doutrinas de Carl Schmitt e Rudolf Smend travaram um debate no período entreguerras, em face das dificuldades que o Positivismo – escola prevalente no período – vinha enfrentando. Tratando das doutrinas apresentadas por esses autores, Willis Santiago Guerra Filho explica que no período entreguerras surge na Alemanha, ou seja, no período de vigência da Constituição de Weimar, uma doutrina axiológica, orientada por valores, pois a própria Constituição de Weimar seria uma espécie de solução de compromisso entre as classes em conflito pré-revolucionário. O debate ocorre, portanto, entre Rudolf Smend, que propunha uma teoria “integrativa” de valores e bens culturais, e Carl Schmitt, que sugeria uma teoria na qual o momento decisório compõe a unidade do esforço comum da sociedade.⁷¹

Essas discussões foram interrompidas durante o período nazista e somente após o fim da Segunda Guerra foram retomadas, porém com vantagem para a corrente valorativa, que foi adotada pela Corte Constitucional alemã e é aplicada até hoje, mesmo com as críticas dispensadas por Carl Schmitt, cujo receio era justamente quanto aos juristas que se autodenominavam estabelecadores de valores.⁷² A crítica de Carl Schmitt é renovada e estudada atualmente, especialmente por autores que trabalham a questão da *discricionariedade* judicial, porém esse é outro assunto que será desenvolvido em capítulo próprio.

Novamente com Willis Santiago Guerra Filho apresentamos o conceito por ele elaborado de Constituição que é “Constituição normativa”, ou

⁶⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaios de teoria constitucional* cit., p. 118.

⁷⁰ Idem, p. 118.

⁷¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini (colaborador). *Teoria da ciência jurídica* cit., p. 139-140.

⁷² Idem, p. 140.

seja, é adotada como critério de legalidade das relações de poder existentes e que também é capaz de influenciar essas relações de poder justamente por ser dotada de normatividade.⁷³

É esse o conceito de Constituição normativa que acreditamos ser o mais adequado, sem negar as possíveis contradições internas que uma constituição assim definida admite, que desenvolveremos nosso trabalho.

⁷³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional* cit., p. 62; ver tb.: HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 24-27.

CAPÍTULO 3 – NORMAS: OS PROCEDIMENTOS, AS REGRAS, OS PRINCÍPIOS E SUA NORMATIVIDADE

3.1 Considerações iniciais

O termo “norma jurídica” atualmente é entendido como um gênero que comporta pelo menos duas espécies: os princípios e as regras. Entretanto, como veremos, essa formulação é relativamente recente. Historicamente, “norma jurídica” equivalia ao que hoje entendemos por regra, uma vez que não havia duas espécies de normas no ordenamento jurídico positivo, portanto toda norma posta era conhecida simplesmente como “norma jurídica”, pois sua estrutura passa a descrever um fato “ao qual acrescenta sua qualificação prescritiva”.⁷⁴

Em contrapartida, havia os chamados “princípios gerais do direito”, conceituados como verdades universais *suprapositivas* que não eram dotados de normatividade, mas que serviam como inspiração para as leis, porquanto continham os “elementos gerais” dos quais seria possível deduzir qualquer ordenamento jurídico.⁷⁵

Essa noção é fornecida pelos teóricos do direito natural racionalista, que surgem a partir do século XVII e passam a fundamentar o direito não mais em uma razão teológica, e sim a buscar a fundamentação para os princípios gerais do direito na própria racionalidade humana, ou seja, eles são deduzidos da razão humana.⁷⁶⁻⁷⁷

Os princípios, segundo Paulo Bonavides, passam por três fases distintas: a primeira, como mencionamos, trata-se dos “princípios gerais do direito” e é conhecida como jusnaturalista, pois se referia a conceitos

⁷⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007. p. 9.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 260-263.

⁷⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição* cit., p. 85.

⁷⁷ STEUDEL, Adelângela de Arruda Moura. Jusnaturalismo clássico e jusnaturalismo racionalista. *Publicatio UEPG: Ciências Humanas, Linguística, Letras e Artes*, UEPG, Ponta Grossa, p. 47-50, jun. 2007. Disponível em: <https://www.revistas2.uepg.br/index.php/humanas/article/download/575/574>. Acesso em: 11 out. 2019.

extrajurídicos, ou melhor, metafísicos. Essa fase teria durado até o advento da Escola Histórica do Direito.

A segunda fase, continua Paulo Bonavides, refere-se à ascensão do positivismo jurídico (por volta de 1880 é o momento culminante), oportunidade na qual Del Vecchio teria posto a questão: “Estão os princípios gerais do Direito dentro ou fora do sistema?”. Nessa fase, os princípios jurídicos (aqui eles já estão inseridos nos Códigos) são tratados como fonte subsidiária do direito, ou seja, estariam inseridos em um contexto no qual o positivismo jurídico pregava a completude do sistema legal que continha todo o direito. Entretanto, algumas respostas não estavam tipificadas expressamente nos Códigos, razão pela qual, nessa segunda fase, os “princípios gerais do direito” assumem uma função “programática” ou “informativa”, mas ainda não dotados de normatividade.

A terceira e última fase identificada por Bonavides é a que nos interessa propriamente e será estudada no próximo tópico, mas para efeito dessas considerações iniciais é possível afirmar com o autor que os “princípios” (não mais “princípios gerais do direito”) são alçados pelas Constituições da segunda metade do século XX a “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.⁷⁸ Essa terceira fase é denominada de pós-positivista por Bonavides e é a concepção com a qual trabalharemos os “princípios constitucionais” ou simplesmente “princípios”.

Aqui faremos apenas menção a outro tipo de norma, que são os “procedimentos”, ou seja, aquelas normas que disciplinam a extensão do lapso temporal para a solução de demandas jurídicas. Não avançaremos na análise dos procedimentos neste capítulo, pois o processo é o tipo especial de procedimento que nos interessa e será estudado no capítulo seguinte. No entanto, é possível, em linhas gerais, dizer que as normas de procedimentos, tratando-se de aplicação de regras, serão utilizadas a fim de verificar a ocorrência dos fatos nelas previstos, e, no tocante à aplicação de princípios, haverá a necessidade de procedimentos para fundamentar objetivamente as decisões que inevitavelmente privilegiaram mais alguns valores positivados do que outros, quando da análise do caso concreto.⁷⁹

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 260-270.

⁷⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição* cit., p. 74-75.

3.2 Os princípios e as regras

3.2.1 Ronald Dworkin

Ao menos dois modelos de distinção entre princípios e regras se destacaram nos debates acerca do tema. Trataremos em linhas gerais dos dois a fim de situar melhor a discussão.

O primeiro deles foi o modelo proposto por Ronald Dworkin na década de 1960, que buscava criar uma teoria liberal do direito⁸⁰ em contraposição às teorias que, segundo ele, eram dominantes à época (positivismo jurídico e utilitarismo); para ele, a teoria do direito deveria incluir uma “teoria da legislação, da decisão judicial e da observância da lei”.⁸¹

Ainda na esclarecedora introdução do livro *Levando os direitos a sério*, Ronald Dworkin coloca uma das principais questões que permeiam todo o seu livro, que é “a ideia de que os indivíduos podem ter direitos contra o Estado, anteriores aos direitos criados através de legislação explícita”.⁸² Segundo Ronald Dworkin, o positivismo jurídico, conforme a caricatura proposta, não aceita qualquer ideia de direito que não esteja contida nas regras explicitamente postas.

A argumentação de Ronald Dworkin visa combater o positivismo jurídico e parte da versão dessa doutrina proposta por H.L.A Hart, pois, segundo ele, é a versão mais elaborada e complexa dessa teoria jurídica. Para tanto, ele afirma que um modelo composto apenas por regras é insuficiente e que, especialmente em casos difíceis, outros padrões são identificados: são eles: “princípios, políticas e outros tipos de padrões”. Explica ainda que utilizará o termo “princípios” como um gênero que abarca as três espécies mencionadas, mas diferencia políticas informando que são objetivos de cunho social, político ou econômico a serem alcançados.⁸³ Portanto, princípio é “um padrão que deve

⁸⁰ DWORNIK, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. VII. (Justiça e direito.)

⁸¹ Idem, p. VIII.

⁸² Idem, p. XIII.

⁸³ DWORNIK, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit., p. 35-36.

ser observado não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.⁸⁴

Para Ronald Dworkin “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica”.⁸⁵

As regras, como mencionamos, possuem uma estrutura cuja fórmula básica é *tipificação (T) + fato(F) = consequência jurídica(CJ) ⇒ (T + F = CJ)*, ou seja, T é a norma abstratamente considerada, a tipificação, ou seja, a hipótese prevista na norma; F é o fato quando observado objetivamente e CJ a consequência jurídica, que normalmente é conhecida como sanção positiva ou negativa, mas pode ser equivalente simplesmente ao “permitido”, ou seja, não há qualquer consequência jurídica para aquele fato, mesmo quando abstratamente previsto na legislação.

Novamente com Ronald Dworkin, as regras, portanto, “são aplicáveis à maneira do tudo ou nada”,⁸⁶ ou seja, para ele, uma vez que os fatos foram dados, uma determinada regra aplicar-se-á ou não ao caso. Nos termos do autor, ou a regra é válida ou não é válida diante do caso concreto específico e seu enunciado deve conter, inclusive, as exceções a que estará sujeita.

Os princípios, por sua vez, “mesmo aqueles que mais se assemelham a regras, não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”.⁸⁷ Outro fator determinante na teoria de Dworkin é a “dimensão de peso ou importância”⁸⁸ que cada princípio tem e que deve ser considerada na hora da tomada de decisão.

A noção de princípio é introduzida por Ronald Dworkin como uma forma de evitar a discricionariedade, que segundo ele vem como consequência do positivismo jurídico quando o caso que se apresenta não pode ser enquadrado em nenhuma regra específica. Nesse ponto, é importante lembrar que o autor faz diferenciação em três sentidos de discricionariedade, sendo o primeiro aquele em que o conteúdo da norma não é esclarecedor e, por isso, não pode ser aplicado mecanicamente (sentido fraco 1); o segundo refere-se à

⁸⁴ Idem, p. 36.

⁸⁵ Idem, p. 39.

⁸⁶ Idem, ibidem.

⁸⁷ Idem, p. 40.

⁸⁸ Idem, p. 42.

decisão tomada em última instância e, por isso, não pode ser revista (sentido fraco 2) e, por fim, aquela discricionariedade quando não há padrões anteriores que limitem a decisão a ser tomada (sentido forte).⁸⁹

Como nos lembra Marcelo Neves, uma crítica muito comum ao modelo de Ronald Dworkin é a acusação de que seu modelo seria um retorno ao jusnaturalismo. Essa crítica é refutada pelo próprio Marcelo Neves, pois, assim como Ronald Dworkin, deixa bastante claro em sua obra que os “princípios” são encontrados na “moralidade de uma determinada comunidade política e surgem e se transformam no processo histórico”.⁹⁰ Ronald Dworkin afasta a possibilidade de uma “regra de reconhecimento” para os princípios,⁹¹ porém Marcelo Neves destaca que os princípios devem passar pela “prova de coerência”, que depende do esforço do juiz Hércules e que não há em Ronald Dworkin fronteira clara entre direito e moral e a função de Hércules é justamente defender essa “moralidade comunitária” de eventuais opiniões incoerentes, mesmo que majoritárias.⁹²

Realizada essa sucinta apresentação da teoria de Ronald Dworkin, passaremos à outra teoria que até nossos dias tem se destacado na doutrina e jurisprudência: a teoria de Robert Alexy.

3.2.2 Robert Alexy

A análise da diferença entre princípios e regras em Robert Alexy é mais elaborada e dialoga com a teoria de Ronald Dworkin; ela foi desenvolvida a partir da década de 1970 e apresenta uma estrutura mais complexa. Além disso, faz uma vinculação direta entre o conceito de princípios e uma teoria dos direitos fundamentais, principalmente quando, por algum motivo, é necessário impor restrições a direitos fundamentais. O próprio autor salienta que as análises por ele idealizadas no livro *Teoria dos direitos fundamentais* referem-se “a uma

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit., p. 51-53.

⁹⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 55.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* cit., p. 63-72.

⁹² NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico* cit., p. 55.

teoria geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã”.⁹³ Entretanto, muitos conceitos têm sido utilizados em diversos países do mundo, inclusive no Brasil, em que a teoria por ele desenvolvida foi amplamente recepcionada.

O conceito de princípio é por ele apresentado como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”,⁹⁴ e logo na sequência conclui:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por serem satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.⁹⁵

Ao tratar das regras, o autor apresenta um conceito tecnicamente mais bem redigido em relação ao conceito de “tudo ou nada” de Ronald Dworkin. Além disso, Robert Alexy, conforme explica Marcelo Neves, expressa uma crítica bastante importante ao conceito de regra de Ronald Dworkin, pois este seria excessivamente simples e, além disso, seria impossível até mesmo teoricamente a enumeração de todas as exceções possíveis para uma determinada regra (como pretendia Ronald Dworkin), pois novas exceções sempre poderiam ser criadas quando analisadas no caso concreto.⁹⁶

Ele define regra como aquela norma que pode ser “satisfeita ou não satisfeita”,⁹⁷ ou seja, mantém a mesma relação condicional que já existia na teoria de Ronald Dworkin, “Se... então”, da qual se nota a relação silogística que pressupõe uma subsunção de fatos a normas.

As principais implicações da teoria, entretanto, decorrem do conceito de princípio mencionado anteriormente. Os princípios, ainda segundo Robert Alexy, podem ser mais bem compreendidos ao serem comparados com as regras em casos de conflitos/colisões. As regras podem conflitar entre si e, como dissemos, elas se aplicam ou não ao caso concreto, ou seja, elas têm um *caráter definitivo* e a questão de analisar um eventual conflito entre regras é a questão de basicamente de verificar qual regra se aplicará e qual será definitivamente afastada no caso concreto. Os princípios, por sua vez, quando entendidos como

⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 85.

⁹⁴ Idem, p. 90.

⁹⁵ Idem, p. 90.

⁹⁶ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico cit.*, p. 60-61.

⁹⁷ Idem, p. 91.

razões que direcionam a decisão em um ou outro sentido, são por ele definidos como razões *prima facie*, ou seja, como eles devem ser realizados na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas. No caso concreto, um princípio pode prevalecer sobre o outro, sem que com isso qualquer um seja declarado inválido. Esse resultado é alcançado quando é aplicada a “lei de colisão” que avalia em cada caso a “dimensão de peso” de cada princípio e, com isso, permite uma maneira, ainda segundo o autor, racional de decidir qual princípio deve *prevalecer* e qual deve ser *afastado*.⁹⁸

Continua o autor afirmando que sua diferenciação entre “razões definitivas” das regras e “razões *prima facie*” dos princípios se dá pois as regras são razões para decisão e os princípios são razões para normas gerais e abstratas ou individuais.⁹⁹

De acordo com esse critério, é possível concluir que a aplicação de um princípio depende necessariamente da intermediação de uma norma, seja ela legislativa, administrativa ou judicial. Esse ponto específico tem levado a distorções que serão mais bem exploradas no capítulo em que trataremos da “teoria das cargas de eficácia” e da “constitucionalização simbólica”. No entanto, é possível adiantar que o fato de os princípios não serem aplicados diretamente, dependendo da intermediação de regras, não altera sua eficácia e aplicabilidade imediata, como discutiremos a seguir.

Entretanto, o que leva os princípios a conflitarem entre si? Robert Alexy,¹⁰⁰ assim como outros autores, apontam para o grau de *generalidade* geralmente mais elevado dos princípios no plano abstrato, porém, quando avaliados considerando o caso concreto, entram em conflito por serem muitas vezes antagônicos entre si.

A generalidade, entendida como característica que define as classes de *indivíduos* às quais a normas se aplicam, bem como a abstração, entendida como as espécies de *atos* a que a norma se aplica, são os principais critérios para distinção entre as espécies normativas ora estudadas.

Vale registrar, contudo, que o critério da generalidade e mesmo da abstração não é aceito de forma unânime na doutrina. Marcelo Neves rejeita

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 94-106.

⁹⁹ Idem, p. 106-108.

¹⁰⁰ Idem, p. 108-109.

esses critérios, pois afirma que nem sempre os princípios são mais gerais e abstratos do que as regras. Além disso, argumenta que o critério da imprecisão (apontado por Robert Alexy) não é suficiente para efetuar tal distinção, pois cuida-se de relação eventual. Entretanto, o mesmo autor admite que, tratando-se da comparação com as regras que suportam tais princípios, estes são mais gerais do que aquelas.¹⁰¹

É dessa generalidade e abstração dos princípios no plano abstrato que decorre a necessidade do sopesamento, que na verdade é o equivalente à proporcionalidade em sentido estrito, pois, ao aplicá-los no plano concreto, várias colisões entre os diversos princípios ocorrem. Robert Alexy trabalha com o conceito de proporcionalidade, mas trataremos do assunto em tópico apartado, porquanto esse ponto será debatido com outros autores, quando estudarmos a teoria processual da Constituição.

3.3 Critérios para distinguir “princípios” e “regras”

Os teóricos do direito têm dispensado muitos esforços para realizar essa tal distinção. Willis Santiago Guerra Filho assinala, citando José Joaquim Gomes Canotilho, os critérios que podem ser usados para distingui-los. Vejamos:

(1) Pelo grau de abstração, onde se tem os princípios como bem mais abstratos e vagos em sua formulação; (2) pelo grau de determinabilidade de aplicação, que, como consequência de (1), implica na necessidade de intermediação normativa de outros princípios e regras para facilitar a aplicação de princípios, enquanto regras se deixam aplicar diretamente com facilidade; (3) pelo conteúdo de informação, bem menor nas regras, que se reportam a um determinado fato, nela tipificado, enquanto só princípios referem-se a valores, o que permite uma ampliação de seu conteúdo com maior facilidade; (4) pela separação “ontológica” radical de ambos os tipos de normas, quando se tem, por exemplo, a possibilidade de princípios, em virtude de sua natureza existirem implicitamente no sistema normativo, algo impensável para regras, ou ainda a circunstância de regras contraditórias gerarem uma antinomia normativa, a ser desfeita com o afastamento de uma delas, ao passo que é da própria natureza dos princípios, como já salientamos, se apresentarem como contrapostos uns aos outros.¹⁰²

¹⁰¹ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico cit.*, p. 21-26.

¹⁰² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição cit.*, p. 70-71.

De todos os critérios para a diferenciação entre regras e princípios pensamos que o centro das atenções e, portanto, o principal fator de diferenciação entre as espécies normativas é a “relatividade” dos princípios. Essa ideia também foi apresentada por Willis Santiago Guerra Filho,¹⁰³ e vamos destacá-la pois ela expressa de forma concisa a ideia de princípios em sua característica axiológica, à medida que é “pacífico” na doutrina que não há nenhum princípio “absoluto”. Em contrapartida, refere-se à ideia e à própria necessidade de “proporção” na aplicação dos princípios, conceito essencial para trabalharmos com o princípio da proporcionalidade adiante.

Por conseguinte, podemos dizer, com Willis Santiago Guerra Filho, que os princípios são normas que positivam valores. Os valores, por sua vez, podem ser entendidos como pautas ético-políticas com caráter internacionalista, cujo maior exemplo são os chamados “direitos humanos”, os quais exploraremos no próximo item, mas, desde já, cabe um exemplo interessante que ocorreu com a Lei Fundamental de Bonn, que demonstra perfeitamente a diferenciação entre esses dois conceitos.

Na Alemanha pós-guerra, a Lei Fundamental incorporou automaticamente, por disposição positivada, todos os direitos humanos elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, ou seja, a DUDH (pauta ético-política de caráter internacionalizante) passou a incorporar o direito positivo da Alemanha ocidental, transformando-se assim em direitos fundamentais.

3.4 Conceituando as normas de Direitos Fundamentais

Paulo Bonavides, citando Konrad Hesse, afirma: “direitos fundamentais são o que o direito vigente qualifica como tais”.¹⁰⁴ Ele é, sem dúvida, um bom ponto de partida. No entanto, coloca também de início o

¹⁰³ Idem, p. 52-53.

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 574.

problema de definir a que tipo de normas estamos nos referindo: são elas regras ou princípios?

Lothar Michael e Martin Morlok explicam que existem duas correntes de teóricos, os que sustentam uma teoria “apolítico-liberal”, os que defendem que os direitos fundamentais devem ser interpretados de “maneira estática e restrita, que se mantenham isentos de ponderação os conteúdos mínimos” e “que se controlem as ingerências apenas quanto a sua adequação e indispensabilidade”. As vantagens desse modelo são, segundo os autores, a simplificação nos trabalhos com direitos fundamentais, a previsibilidade dos resultados, além de permitir que as avaliações sejam feitas pelo processo político, e não pelos tribunais constitucionais.¹⁰⁵

A outra posição, ainda conforme os autores, é defendida por adeptos da “teoria político-social”, que entendem os direitos fundamentais como princípios. As garantias, nesse caso, são amplas, dinâmicas e sujeitas à ponderação. É no caso de colisão que os princípios são relativizados não de modo arbitrário ou subjetivo, “pelo contrário, ele é demarcado pelo peso da ofensa concreta dos direitos fundamentais”.¹⁰⁶

Os autores ainda defendem que há a possibilidade de trabalhar com um modelo híbrido de regras e princípios, porém, “em princípio, os direitos fundamentais devem ser entendidos como princípios que são suscetíveis e necessitados de ponderação”, havendo, entretanto, exceções em que eles devem ser considerados como regras: 1) dignidade humana; 2) recurso à via judicial; e 3) retirada da nacionalidade.¹⁰⁷

Nesse contexto, antes de simplesmente dizer se as normas de direitos fundamentais são “regras” ou “princípios”, vamos inicialmente, com Willis Santiago Guerra Filho, situar a discussão no plano conceitual. A primeira distinção é entre “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e “direitos da personalidade”. Não se nega que essas três formas de entender os “direitos” estão relacionadas, porém é preciso esclarecer que os “direitos humanos”, cuja origem moderna do termo remonta à “Declaração dos Direitos do Homem e do

¹⁰⁵ MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos fundamentais*. Tradução António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 62-63.

¹⁰⁶ Idem, p. 63.

¹⁰⁷ Idem, p. 63-64.

Cidadão” francesa de 1789, com pretensões internacionalistas, podem ser classificados como “metas” ou “programas” *suprapositivos*, ou seja, sem caráter jurídico-normativo.

Não há dúvidas de que os “direitos humanos” inspiraram a consecução de diversos textos de Constituições pelo mundo, sendo, por vezes, incorporados em seu texto, como vimos anteriormente. E é nesse esse fenômeno que se caracterizam os “direitos fundamentais”, ou seja, sua positivação no texto constitucional, o que lhes confere “normatividade” ou “aptidão para produção de efeitos jurídicos”. Por fim, há a manifestação indireta desses “direitos fundamentais” que se dá no plano privatístico (“eficácia perante terceiros”), que são os “direitos da personalidade”.¹⁰⁸

Outra distinção necessária é a já “clássica” que classificam os direitos fundamentais em “gerações” ou “dimensões”, sendo preferível a segunda nomenclatura.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, ou seja, os “direitos de liberdade” ou “direitos civis e políticos” são aqueles que o indivíduo possui perante o Estado e se caracterizam como “prestações negativas” do Estado perante o cidadão. São, nas palavras de Paulo Bonavides, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”.¹⁰⁹

É nos “direitos humanos” que Michel Villey identificou os fundamentos filosóficos que permitiram o emergir dos direitos fundamentais de primeira geração. E os direitos humanos, por sua vez, encontram sua primeira fonte na modernidade em uma “teologia desviada”, sob três aspectos.

De acordo com o primeiro [“teologia dos laicos”], “a Cristo vem substituir-se o Deus produzido pela razão do Homem”. Em seguida, surge, com fundamento em Marx ou Auguste Comte, a “religião do homem sem Deus”. Passa-se, por conseguinte, a “glorificar o Homem, o Progresso da história humana”.

Outro aspecto refere-se à *forma*. No surgimento da modernidade, há um grande apelo para a racionalidade, para a lógica, usada com moderação

¹⁰⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 137, p. 13-21, jan./mar.1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/327>. Acesso em: 7 nov. 2019.

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 578.

pelos padres a fim de evitar heresias, consequência natural do uso demasiado da lógica. A “virada” que ocorre no período de uma lógica “indutiva” para “dedutiva” permaneceu nos filósofos e teólogos da “Segunda Escolástica”, que buscavam no texto divino a fundamentação e a dedução.

O terceiro e último aspecto identificado pelo autor foi a perda do “espírito de pura pesquisa da verdade”, por “uma vontade de ser útil e de pôr os estudos a serviço da vida prática”, que “parece ter se transmitido aos filósofos da época moderna”.¹¹⁰

Uma pausa para a seguinte reflexão: por que ir tão longe e, com Michel Villey, voltar à época pré-moderna para tentar explicar os fundamentos da primeira dimensão dos direitos fundamentais? A resposta é a seguinte [ela também é de Willis Santiago Guerra Filho, que insistentemente vem se esforçando para compreendermos essas e outras questões fundamentais da época em que vivemos, tanto em seus escritos como em aulas ministradas em diversos estabelecimentos de ensino de direito pelo Brasil]: estudar constitucionalismo, positivismo, ciência, direitos humanos [direito dos homens, fundado nos homens e sua razão...] etc. tudo isso é estudar a “modernidade”, por isso resolvemos voltar aos seus fundamentos, para entendê-la melhor.

Novamente, com Michel Villey, ele identifica em Thomas Hobbes a primeira definição de “direito do homem”, ou seja, nas palavras de Thomas Hobbes, “a liberdade que todo homem possui de usar seu próprio poder como ele mesmo quiser...”. Essa liberdade deveria ser cedida em favor do “soberano” para que ele garantisse a segurança de todos. Essa ideia gerou, como se sabe, hipertrofia de poder nas mãos do Estado, fato que passou a incomodar a burguesia e os antigos senhores de terras.¹¹¹

Nesse contexto, entra em cena John Locke (liberal), com suas ideias sobre direitos humanos. Esses direitos, consoante os adversários do absolutismo, especialmente o jurista inglês Sir Edward Coke, refletiram a possibilidade de limitação dos poderes do Estado em suas investidas em face

¹¹⁰ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução Maria Ermantina Fontes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 137-142. (Coleção Justiça e direito.)

¹¹¹ MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos fundamentais*. cit., p. 142-150.

dos indivíduos, ou seja, lembraram a “existência de direitos oponíveis ao próprio Estado”.¹¹²

Como dissemos, os direitos fundamentais de primeira geração são “direitos de liberdades”. Há um longo caminho percorrido entre as concepções desenvolvidas por Hobbes, Locke e Coke, passando pelas revoluções burguesas até a consolidação, primeiro como direitos humanos, depois como direitos fundamentais – os “direitos de liberdade”.

Entretanto, com esse pequeno recuo acreditamos que foi possível perceber quais ideias formaram as bases do pensamento liberal que permitiram a consolidação dos direitos de primeira dimensão, tornando-se, assim, mais fácil entender o motivo pelo qual os direitos de primeira dimensão podem ser compreendidos como “prestações negativas do Estado”. Aproveitamos para remeter ao capítulo precedente que tratou do constitucionalismo, outra manifestação desse mesmo fenômeno de “limitar” o poder “absoluto” do Estado moderno. Com isso, acreditamos ser possível passar à análise da segunda dimensão dos direitos fundamentais.

“Os direitos de igualdade”, na opinião de Paulo Bonavides, dominaram o século XX e incluem os direitos “sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX”. Eles são, ainda segundo Paulo Bonavides, fruto de filosofias e políticas de acentuado caráter ideológico, especialmente das Constituições com inspiração marxista e social-democrata e dominaram as Constituições do segundo pós-guerra.¹¹³ Essa segunda dimensão se caracteriza pelo “direito a prestações pelo Estado”.¹¹⁴

Interessante a observação que faz Paulo Bonavides sobre o “ciclo de baixa normatividade” ou “eficácia duvidosa” que os direitos de segunda dimensão sofreram. Em razão disso, teriam sido remetidos à “esfera programática”, mas ele acredita que o fim desse tipo de interpretação parece estar perto, pois a Constituição determina “a aplicabilidade imediata dos direitos

¹¹² Idem, p. 150.

¹¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 578.

¹¹⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais* cit., p. 43.

fundamentais”.¹¹⁵ Ocorre que, como mencionamos em outros trechos deste trabalho, um famoso doutrinador, mesmo considerando o art. 5.º, § 1.º, da CF que trata da aplicabilidade imediata já referida afirma o seguinte:

[...] mas certo é que isso [art. 5.º, § 1.º, da CF] não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas [...] as que definem direitos econômicos e sociais [...] tendem a sê-lo [...] de eficácia limitada de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta.¹¹⁶

No momento, vale registrar que essa é ainda hoje a doutrina mais reproduzida e estudada nos manuais de direito constitucional, porém a ela nos posicionamos contrários. Os argumentos para defender essa posição serão desenvolvidos a seguir, mas, ao que tudo indica, o fim dessa doutrina não está tão perto quanto pensou Paulo Bonavides.

Entretanto, novamente com ele é de ressaltar a importância que se dá à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ou seja, as garantias constitucionais capazes de produzir os pressupostos fáticos para o exercício de tais direitos:

Não se pode deixar de reconhecer aqui o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, vinculado materialmente a uma liberdade “objetivada”, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser “criados”, fazendo assim do Estado um artífice e agente de suma importância para se concretizarem direitos fundamentais de segunda geração.¹¹⁷

Essa constatação, a nosso ver, é essencial e não pode ficar em nenhuma hipótese a critério do legislador ou do executivo. Não se nega que existem limitações de diversas ordens, mas não se pode deixar que o discurso corrente da “falta de recursos” ou do “interesse público” se perpetue, deixando para o futuro, que é sempre incerto, as medidas necessárias para implementação efetiva dos direitos.

A última dimensão dos direitos fundamentais que trabalharemos são os que têm como destinatários o próprio gênero humano, são os direitos

¹¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 579.

¹¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 180.

¹¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 581.

relacionados a “fraternidade”, e, nas palavras de Paulo Bonavides, que exemplifica citando Karel Vasak, são direitos de terceira dimensão: “o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito a comunicação”, entre outros possíveis que estariam em “fase de gestação”.¹¹⁸

Pelo que foi tratado até aqui é possível dizer que estudar as normas constitucionais e definir sua natureza totalmente ou em parte como “princípios” que são antagônicos ou que colidem entre si necessariamente nos obriga a responder à pergunta: como efetivá-los?

Ademais, se admitimos que os princípios, para sua aplicação, dependem da intermediação de uma regra que os concretize,¹¹⁹ o problema parece ainda mais grave quando tratamos dos direitos fundamentais, pois, além de fundamentais (aos membros da sociedade e por que não dizer fundamentais para o próprio Estado que se legitima pela sua pretensão de concretização dessas aspirações sociais?), alguns consistem em prestações positivas do Estado, como os direitos sociais, e, quando analisamos a Constituição brasileira de 1988, lemos em seu Título II alguns dispositivos como: “Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (EC 26/2000, EC 64/2010 e EC 90/2015)”.¹²⁰ Entretanto, mesmo após 30 anos da promulgação da Constituição vigente, deparamo-nos com hospitais públicos lotados sem condições de atender minimamente com dignidade a população ou ainda quando crianças em idade escolar que não têm acesso à educação, pois o município em que residem não dispõe do mínimo de condições materiais ou mesmo de professores – ficaremos apenas nos dois primeiros direitos –, o que fazer?

Admitimos anteriormente que os princípios são normas jurídicas e, portanto, obrigam o Estado, porém devemos considerar as condições fáticas e jurídicas de sua efetivação.

¹¹⁸ Idem, p. 583-585.

¹¹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais* cit., p. 52.

¹²⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

A problemática que apenas apontamos remete para a “dinâmica jurídica” nos termos de Hans Kelsen e pressupõe: 1) Haverá processos legislativos e administrativos a fim de implantar as políticas necessárias para realização dos direitos fundamentais; 2) O Judiciário tem um papel indispensável, quando os *direitos* fundamentais não estão sendo efetivados pelo Poder Executivo ou regulamentados pelo Poder Legislativo, independentemente de suas razões; 3) O vínculo entre Estado-Juiz (Poder Judiciário), Estado-Executor/Executivo (Poder Executivo) e Jurisdicionado (sujeito de direitos) é necessariamente processual.

CAPÍTULO 4 – PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

A primeira consideração a fazer é justamente acerca do termo “processo constitucional”, pois há autores que, quando tratam do tema, afirmam que ele pode ser entendido como o estudo, ao menos precipuamente, das ações típicas, ou que visam “o controle de constitucionalidade e a supremacia da Constituição”, como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação direta de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental que constituem o “controle abstrato” de constitucionalidade, bem como as ações típicas que compõem o chamado “controle difuso” de constitucionalidade: o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação popular (art. 5.º, LXXIII, CF).¹²¹

Por sua vez, Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi indicam três concepções de “processo constitucional”: a primeira envolveria todo e qualquer processo ao qual se aplica a Constituição; a segunda é aquela que entende que apenas as ações típicas, reguladas pela Constituição, compõem o “processo constitucional”; e, por fim, entende que somente alguns processos regulamentados pela Constituição (aqueles que fiscalizam a produção de normas) é que são considerados “processo constitucional”. Os autores adotam a última concepção, que visa o controle judicial dos atos normativos.¹²²

Há ainda autores que denominam outro ramo do direito, o “direito constitucional processual”, que, diferente do “direito processual constitucional” (no sentido de ações constitucionais com fins de controle de constitucionalidade), se dedicaria ao estudo das normas e princípios constitucionais do processo. Essa distinção é recusada pioneiramente por Willis Santiago Guerra Filho e por boa parte da doutrina.

Além disso, destaca-se que mesmo os autores que fazem essa distinção defendem que os princípios constitucionais do processo se aplicam às

¹²¹ ALVIM, Eduardo Arruda; KRUGER, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: RT, 2014. p. 23.

¹²² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 12-13.

ações e remédios constitucionais. Dhenis Cruz Madeira, citando José Alfredo de Oliveira Baracho, utiliza o termo “direito processual constitucional” ou apenas “processo constitucional” de forma ampla, de modo que contempla as duas concepções, “ou seja, como a necessária inter-relação entre o Processo e a Constituição, sob todos os seus aspectos”.¹²³ É também nesse sentido que Rosemiro Pereira Leal entende a questão.¹²⁴

George Abboud define “processo constitucional” como “o subsistema processual responsável por assegurar a solução de conflitos jurídicos de ordem constitucional do Estado”, e tal subsistema seria o indicado para a “proteção e implementação dos direitos fundamentais”.¹²⁵ Essa definição é mais ampla e, da forma como foi desenhada, se mostra mais adequada do que as anteriores. Esse também é o entendimento de Willis Santiago Guerra Filho que considera que o processo constitucional é a forma para defender direitos fundamentais, sendo estes seu objeto.¹²⁶

Novamente com George Abboud, o processo constitucional pode ser entendido como “*locus* privilegiado para a proteção e implementação dos direitos fundamentais”.¹²⁷

Contudo, Willis Santiago Guerra Filho não se limita a essa perspectiva e vê na relação entre Constituição e processo um duplo movimento.¹²⁸ Vejamos:

Colocamo-nos, assim, diante de um duplo movimento em sentidos opostos, nomeadamente, uma materialização do direito processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais e, ao mesmo tempo, uma procedimentalização ou “desmaterialização” do direito constitucional, na medida em que o processo se mostre indispensável para a realização da “Lei Maior” e, logo, também das “menores” ou ordinárias. É ao esclarecimento desse último aspecto que se endereçam as considerações que se passa a apresentar.¹²⁹⁻¹³⁰⁻

¹²³ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Argumentação jurídica (in)compatibilidades entre a tópica e o processo*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 316-318. Para uma explicação mais ampla e detalhada dessa opção, ver a nota de rodapé 1.034 da mesma obra.

¹²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 49-51.

¹²⁵ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 381.

¹²⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais* cit., p. 11-12.

¹²⁷ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 381

¹²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional* cit., p. 8.

¹²⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição* cit., p. 17.

¹³⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional* cit., p. 8.

Por conseguinte, a definição proposta por Georges Abboud se adequaria corretamente ao segundo movimento identificado por Willis Santiago Guerra Filho, entretanto outro aspecto, o primeiro, não estaria propriamente definido, razão pela qual prosseguiremos na investigação.

Considerando “o duplo movimento” identificado, outro fator deve ser estudado, ou seja, o termo “procedimento”, pois essa necessária “procedimentalização” do direito constitucional nos impulsiona a diferenciar “procedimento” de “processo”, ou, se se tratar de sinônimos, precisaremos fundamentar a opção por dois termos diferentes para o mesmo fenômeno.

4.2 Processo e procedimento: história e conceito

Com a obra *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*, publicada em 1868 por Oskar von Bülow,¹³¹ o direito processual surge como forma autônoma ao direito material, e a teoria ali desenvolvida foi denominada de *teoria da relação jurídica*, na qual o direito público se desenvolve no tempo.¹³² A partir de então, o processo passa a ser entendido como “sequência progressiva de atos das partes, sob direção do juiz, segundo interesses ou direitos subjetivos invocados pelos demandantes (autor e réu) para obter uma decisão que solucionasse a controvérsia existente”.¹³³

Entendamos qual o percurso histórico percorrido até que fosse desenvolvida essa concepção para então avançarmos e chegarmos às concepções mais recentes de processo e procedimento.

Eduardo Juan Couture trilha esse caminho a partir da pergunta *o que é processo?* Ele nos apresenta a *teoria do processo como contrato* desenvolvida por Pothier no século XVIII, e essa concepção seria, por um lado, uma influência romana em razão da noção de que o processo seria um arbitramento privado, da mesma forma como era feita na Roma Antiga e, por outro lado, a tendência predominante naquele século de analisar os fenômenos sociais de modo geral

¹³¹ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito* cit., p. 187.

¹³² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição* cit., p. 58.

¹³³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos* cit., p. 71.

como contrato. Afirma ainda Eduardo Juan Couture que entre Pothier e Rosseau “existe uma diferença de escala, mas não de essência. O pensamento de Pothier é microscópico; o de Rosseau, macroscópico”.¹³⁴

Essa concepção, segundo Rosemiro Pereira Leal, colocava a vontade individual como única fonte de direito e de dever, sendo o processo instituído pela “*litiscontestatio* (convenção das partes perante o juiz para acatar a decisão proferida), e o juiz seria o árbitro judicial e facultativo e não órgão jurisdicional monopolizador da jurisdição”.¹³⁵

Eduardo Juan Couture vê como manifestamente débil a teoria do processo como contrato, enquanto Rosemiro Pereira Leal encontra na jurisdição o motivo da inadequação dessa teoria, pois já no século XVIII não havia necessidade de consentimento das partes para coagi-las ao cumprimento da sentença¹³⁶, uma vez que, nesse período, como mencionamos, o constitucionalismo moderno predominava e, portanto, o Estado como única fonte do direito.

A solução encontrada naquele momento foi o desenvolvimento da teoria do processo como *quase contrato*. Essa terminologia teria sido adotada por eliminação, desenvolvida ainda na esfera do direito privado e foi elaborada com base em um fragmento do Digesto de Justiniano e defendida por Savigny e Guényvau (1850). Novamente sem levar em consideração a lei como fonte das obrigações assumidas pelo contrato, essa doutrina mostrou-se insuficiente.¹³⁷⁻

¹³⁸

A superação das teorias do processo como contrato e como quase contrato se deu pela mencionada teoria da relação jurídica de Oskar von Bülow. Assim, mesmo já tendo apresentado o conceito de processo na teoria da relação jurídica, tentaremos nos aprofundar um pouco mais nessa teoria para então avançar.

A relação jurídica entre juiz, autor e réu é o pressuposto do qual parte Oskar von Bülow para desenvolver sua teoria. O processo então precisaria, para

¹³⁴ COUTURE, Eduardo Juan. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 39-40.

¹³⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos cit.*, p. 77-78.

¹³⁶ Idem, *ibidem*.

¹³⁷ Idem, p. 78.

¹³⁸ COUTURE, Eduardo Juan. *Introdução ao estudo do processo civil cit.*, p. 40-41.

sua legítima instauração, atender a certas condições, conforme disposto na lei processual.¹³⁹ Rosemiro Pereira Leal sustenta que na teoria ora apresentada “o direito disputado e alegado pelas partes se situava em plano posterior à formação do processo, distinguindo-se pela regulação em norma de direito material, criadora do bem da vida que define a matéria de mérito”.¹⁴⁰

A teoria da relação jurídica, ainda com Rosemiro Pereira Leal, predomina até hoje na elaboração dos diplomas legislativos processuais, porém, após as contribuições de Chiovenda, Carnellutti, Calamandrei e Liebman, essa teoria passou a ser entendida como *teoria instrumentalista do processo*, pois ela defende ainda uma concepção de processo como *instrumento da jurisdição*, a fim de encontrar uma forma de justiça.¹⁴¹

Uma concepção representativa dessa forma de entender o processo, é a de importantes autores vinculados à chamada “Escola Paulista de Processo Civil”:

Seja ao legislar ou realizar atos de jurisdição, o Estado exerce o seu *poder* (poder estatal). E, assim como a jurisdição desempenha uma função instrumental perante a ordem jurídica substancial (para que esta se imponha em casos concretos) – assim também toda a atividade jurídica exercida pelo Estado (legislação e jurisdição, consideradas globalmente) visa a um objetivo maior, que é a pacificação social. É antes de tudo para evitar ou eliminar conflitos entre pessoas, fazendo justiça que o Estado legisla, julga e executa (o escopo social magno do processo e do direito como um todo).

O processo é, nesse quadro, um processo instrumento a serviço da paz social.¹⁴²

Rosemiro Pereira Leal não coaduna com essa concepção, pois defende que é justamente o processo que legitima a atividade jurisdicional do Estado.¹⁴³ É inegável que no Estado Democrático de Direito o processo de modo geral e algumas ações constitucionais em especial são formas de limitação do poder do Estado e de participação *política* dos jurisdicionados na atuação dos governos, legitimando dessa maneira a própria jurisdição. Entretanto, é difícil pensar que inexista uma finalidade ao processo e a todo o ordenamento jurídico,

¹³⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos cit., p. 78.

¹⁴⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos cit., p. 78.

¹⁴¹ Idem, p. 78-79.

¹⁴² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 50.

¹⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos cit., p. 78-79.

e, a nosso ver, a Constituição institui sim uma finalidade, que é justamente a efetivação do seu texto na realidade social. Essa questão, porém, trataremos em capítulo próprio. Seguiremos, portanto, analisando o desenvolvimento do conceito de processo na história.

Outras teorias importantes foram desenvolvidas após Oscan von Bülow. É o caso da *teoria da situação jurídica*, surgida por volta de 1925. Com base na contribuição de Kohler, James Goldschmidt proporcionou “um verdadeiro salto epistemológico”, nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho, pois partiu de um “modelo estático” para um “modelo dinâmico”, no qual as partes têm “expectativas” de situações vantajosas e, dessa maneira, esperam ao final do processo uma decisão favorável, com o reconhecimento de seu direito, além de ter o ônus “de atuar processualmente, para prevenir prejuízos processuais”.¹⁴⁴

Essa teoria não foi adotada pelos processualistas de forma ampla.¹⁴⁵ Rosemiro Pereira Leal critica diversos aspectos da teoria da situação jurídica e enfatiza o fato de que a “sentença não guarda uma ‘relação causal’ com o processo”, pois o processo seria “de seu livre manejo” e “incorreria o juiz nas sanções das leis materiais criminais ou civis, jamais processuais”.¹⁴⁶ Portanto, se um juiz errar, poderá até sofrer sanções civis ou criminais, entretanto esse erro (e até má-fé, por que não?) não geraria consequências ao processo em questão.

Contudo, Willis Santiago Guerra Filho realça a importância da teoria de James Goldschmidt como “instrumento de análise”, pois o entendimento de que o direito não estaria “previamente dado em normas” e a consequente abertura que a adoção desse pressuposto provocaria no ordenamento jurídico, uma vez que a teoria instrumentalista entende o direito como um “vir a ser”¹⁴⁷ que, apesar de rejeitada na exata forma como foi concebida, pode contribuir com a análise, desde que o intérprete/jurista passe a considerar as normas processuais legisladas, coisa que a teoria original não previa.

¹⁴⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição cit.*, p. 58-59.

¹⁴⁵ Idem, p. 58.

¹⁴⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos cit.*, p. 80-81.

¹⁴⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição cit.*, p. 58-59.

A última teoria que estudaremos neste tópico é a *teoria do processo como procedimento em contraditório*, desenvolvida por Elio Fazzalari, que teorizou a “generalização do processo como forma de garantia na aplicação do Direito”.¹⁴⁸

Para essa teoria, o *procedimento* é a “estrutura técnico-jurídica”, na qual o processo se desenvolve “sob o comando do modelo normativo processual”. O processo, por sua vez, é o procedimento dotado da característica do contraditório garantido às partes. O contraditório é, ao mesmo tempo, direito e garantia, e sua presença em qualquer procedimento é o que garante sua legitimidade.¹⁴⁹

Com Elio Fazzalari e autores brasileiros de destaque, nosso objetivo neste tópico é realçar a diferença entre processo e procedimento, conceitos até hoje muito confundidos na prática judicial, e mesmo na doutrina é possível encontrar imprecisões conceituais. Tal empreitada foi antes realizada por Dhenis Cruz Madeira, que aprofundou o estudo e o debate sobre os diversos conceitos de processo para, com isso, ressaltar as diferenças de ambos os termos.¹⁵⁰

Para evidenciar o conceito de processo que será estudado neste trabalho, apresentaremos antes um conceito de procedimento para, em seguida, situarmos o conceito de processo ao qual nos referimos. Rosemiro Pereira Leal define procedimento como:

O *procedimento* é manifestação estrutural resultante do *complexo normativo* da positividade jurídica. É a estrutura extraída do texto normativo que a ela é preexistente e que lhe confere legitimidade, validade e eficácia pelo *princípio da reserva legal* que, na CR/88, está inscrito no art. 5.º, II. Há de se notar, a rigor, que o procedimento, em sua construção espaço-temporal, ao reflexo da lei, impõe o encadeamento de atos, no qual o ato anterior há de ser pressuposto lógico-jurídico do posterior e este pré-condição do ato sequente que, por sua vez, é extensão do antecedente, até o *provimento final* (sentença, decisão, ato), o qual encerra uma etapa significativa ou o ciclo total do *procedimento*¹⁵¹ (grifos no original).

¹⁴⁸ Idem, p. 59.

¹⁴⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos cit.*, p. 83-84.

¹⁵⁰ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito cit.*, p. 187-196.

¹⁵¹ Idem, p. 94.

De forma mais concisa, mas na essência idêntica, Rosemiro Pereira Leal, citado por Dhenis Cruz Madeira, em outro momento assim define procedimento:

Estrutura técnica de atos jurídicos sequenciais numa relação espaço-temporal, *segundo o modelo legal*, em que o ato inicial é sempre pressuposto (condição) do ato seguinte e este como extensão do ato antecedente e assim, sucessivamente, até o provimento final.¹⁵²

Por conseguinte, em Elio Fazzalari, citado por Dhenis Cruz Madeira, o *contraditório* é o elemento que diferencia processo de procedimento. É esse “algo a mais” que qualifica um procedimento como processo: “processo é espécie de procedimento em contraditório entre as partes, em simétrica paridade, na preparação do provimento jurisdicional”.¹⁵³

O conceito de processo de Elio Fazzalari é amplamente aceito pela doutrina, ora realizando pequenas modificações, ora aceitando literalmente o conceito por ele apresentado. Vejamos como Willis Santiago Guerra Filho trabalha o conceito sem lhe modificar a essência:

Dentre os procedimentos regulados pelo Direito, podem-se destacar aqueles que envolvem a participação e a influência de vários sujeitos na formação do ato final decisório, reservando-lhes a denominação técnica de “processo”.¹⁵⁴

Concluída a tarefa inicial de diferenciar processo e procedimento, não seguiremos, neste tópico, a análise das “teorias do processo”, pois as teorias mais recentes trabalham o processo a partir da Constituição Federal, fenômeno que será tratado como “materialização do direito processual” no tópico seguinte.

4.3 Materialização do direito processual

¹⁵² Idem, p. 196.

¹⁵³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos cit.*, p. 93.

¹⁵⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Uma nova perspectiva constitucional: processo e Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, ano 30, n. 30, p. 285-291, 1998. Disponível em: <https://www.revistas.ufpr.br/direito/article/download/1898/1593>. Acesso em: 21 out. 2019.

A apontada materialização do direito processual é objeto de intensos estudos. Na parte inicial deste capítulo chegamos a iniciar a introdução do tema quando tratamos do termo “processo constitucional”. Assim, retomaremos aqui o assunto a fim de aprofundá-lo.

O primeiro fator que salta aos olhos é justamente o fato de que, independentemente do conceito de “processo constitucional” apontado pelos autores na parte inicial deste capítulo, todos eles partem do texto constitucional para defender suas posições. Esse fenômeno é o que Willis Santiago Guerra Filho denomina “materialização do direito processual”. Há, certamente, uma grande evolução do direito processual com esse fenômeno e nos dedicaremos a estudar esse aspecto nas próximas linhas.

Hector Fix-Zamudio, ao estudar o “nascimento da nova disciplina” (direito processual constitucional), já apontava para o fenômeno da “constitucionalização da justiça”, ou seja, a previsão constitucional dos institutos processuais. Outrossim mencionava o fenômeno da procedimentalização do direito constitucional, quando procura tratar da “efetividade das disposições constitucionais”.¹⁵⁵ O segundo aspecto será abordado no tópico seguinte, porém é importante registrar que ele refere-se apenas à efetividade dos “direitos individuais”,¹⁵⁶ ou seja, aborda nesse trabalho apenas os “direitos fundamentais de primeira dimensão”, para usar a terminologia atual.

A “construção” da disciplina “processo constitucional”, entendida como a “materialização do direito processual”, foi realizada por pelo menos três grandes juristas do século XX. Dhenis Cruz Madeira, citando Hector Fix-Zamudio, informa que o primeiro a tratar da temática hoje compreendida como direito constitucional processual foi Eduardo J. Couture, nos anos de 1943 e 1944, ainda sem mencionar o nome que veio a consagrar posteriormente a disciplina, “foi ele quem realizou uma revisitação de todos os institutos que compunham o Direito Processual, procurando, ainda, alinhar Processo e Constituição de forma didática”.¹⁵⁷ Há ainda, de acordo com o autor mineiro,

¹⁵⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, [S.l.], p. 320, jan. 1977. ISSN 2448-4873. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1266/1524>. Acesso em: 17 out. 2019.

¹⁵⁶ Idem, p. 336-337.

¹⁵⁷ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Argumentação jurídica (in)compatibilidades entre a tópica e o processo cit.*, p. 313.

divergência quanto sobre “quem foi o pioneiro nesse estudo”, pois Eduardo J. Couture teria usado o termo “processo constitucional” apenas em 1948, mas Alcalá-Zamora y Castilho teria utilizado essa expressão a partir do ano de 1944. Ocorre que Eduardo J. Couture já tratava do tema em 1943, mesmo sem nomeá-lo. O autor lembra ainda, citando Néstor Pedro Sagués, que Hans Kelsen havia feito enfrentamentos ligados aos direitos humanos, mesmo antes da Corte Constitucional austríaca¹⁵⁸ que ele idealizou.

Nesse ponto, Dhenis Cruz Madeira, com base no trabalho de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, destaca as fases de construção do processo constitucional: a fase *precursora*, que teria durado entre 1928 a 1942, atribuída a Kelsen; a segunda é a *etapa de descobrimento processual*, entre 1944-1947, a fase na qual Alcalá-Zamora y Castilho nomeia a nova disciplina; a terceira etapa é a do *desenvolvimento dogmático processual*, que teria durado entre 1946 e 1955, com destaque para Eduardo J. Couture e seu estudo aprofundado do tema, especialmente sobre as “garantías constitucionales del proceso”.¹⁵⁹

Ao que parece, não há consenso acerca desse percurso histórico. Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, por exemplo, não mencionam a importância de Eduardo J. Couture e atribuem a Mauro Cappelletti na década de 1950 o tratamento sistemático da matéria e a introdução desta na América Latina por Héctor Fix-Zamudio.¹⁶⁰ Entretanto, o próprio Fix-Zamudio reconhece o papel precursor de Eduardo J. Couture, como vimos anteriormente.

Independentemente da amplitude dada ao termo pelos autores, a característica comum que pode ser notada entre eles é a supremacia da Constituição e, como consequência, o controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos. A supremacia da Constituição, em termos processuais, no entendimento de Ricardo Fiúza, citado por Willis Santiago Guerra Filho, pode ser compreendida como a concepção na qual se entende que a Constituição é a única fonte de normas de processo.¹⁶¹

¹⁵⁸ Idem, p. 322-325.

¹⁵⁹ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Argumentação jurídica (in)compatibilidades entre a tópica e o processo* cit., p. 325-329.

¹⁶⁰ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais* cit., p. 15.

¹⁶¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais* cit., p. 6.

É claro que o controle de constitucionalidade, historicamente, é muito anterior ao aspecto atual aqui estudado. No entanto, seguiremos nossa pesquisa considerando tanto o “constitucionalismo contemporâneo” ou “neoconstitucionalismo” e o fenômeno da passagem de uma abordagem privatística e subsidiária do direito processual (relativamente ao direito material), para sua afirmação como direito/garantia constitucional.

Nesse ponto, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco destacam que o direito processual constitucional é composto basicamente pelos princípios de organização judiciária e do processo e pela jurisdição constitucional. A jurisdição constitucional seria objeto de outras áreas do direito, mas a “tutela constitucional do processo”, entendida como direito de acesso à justiça, (I) e as garantias do devido processo legal (II) são objeto do estudo da disciplina nomeada como “Teoria geral do processo”.¹⁶² Estudaremos esses dois aspectos da constitucionalização do processo antes de seguir para o estudo da “procedimentalização do direito constitucional”.

Entretanto, diferente dos autores ora mencionados, acreditamos que o direito ao acesso à justiça como direito de ação e defesa pode ser entendido como um pressuposto do próprio devido processo legal, pois apenas em um Estado que permita que o processo seja devidamente instaurado e adequadamente desenvolvido é que se pode falar em direitos de ação e defesa. Por esse motivo, neste sentido, se o devido processo legal estiver garantido, implicitamente o direito de ação e defesa também o estará. Portanto, dedicaremos ao estudo do devido processo legal (*due process of law*), tendo o direito de acesso à justiça como pressuposto.

Parece ser essa também a compreensão de José Alfredo de Oliveira Baracho que menciona o “processo justo” como equivalente nacional ao *due process of law* americano. Nele estariam compreendidos alguns aspectos essenciais que ele elenca: “o direito constitucional de ação; o direito constitucional de defesa; o direito à prova: acolhimento e prova proibida; o direito de tutela a um processo, sem dilações indevidas; o direito aos recursos”. Como se percebe, e o próprio autor afirma, o processo constitucional para ele é um

¹⁶² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo* cit., p. 87-89.

conjunto de garantias consolidadas no texto constitucional. Esse tipo de garantia, ainda segundo ele, consolida-se nas Constituições do século XX.¹⁶³

Há claramente nesse ponto uma omissão de nossa parte que é não realizar o estudo da jurisdição constitucional e das ações de controle de constitucionalidade. Por essa razão, esclarecemos desde logo que a jurisdição constitucional será estudada em tópico específico sobre as Cortes Constitucionais. Não trataremos de todas as ações de controle de constitucionalidade, mas no local adequado versaremos sobre a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e também acerca do mandado de injunção. Também não abordaremos os princípios derivados do princípio do devido processo legal, pois tratar-se-ia de um desvio de finalidade deste trabalho, o que não significa absolutamente que desconsideramos a importância desses institutos e dos estudos correlatos.

4.3.1 Direito ao devido processo legal

Na Constituição Federal brasileira de 1988, o exemplo mais explícito do fenômeno aqui trabalhado como “materialização do direito processual” é o art. 5.º, LIV, que institui o devido processo legal. As razões para tal afirmação são simples; a primeira é justamente o fato de o princípio poder ser considerado “direito material” por estar contido no texto constitucional, conforme discutimos anteriormente, e, mais do que isso, sua normatividade e, portanto, a vinculação dos órgãos decisórios, executivos e mesmo do legislativo a suas disposições.

Outro aspecto, muito significativo, trata do fato de que todos os princípios processuais estão a ele relacionados, a ponto de Nelson Nery Jr. afirmar que todos os princípios do processo civil se baseiam nele.¹⁶⁴ Eduardo Arruda Alvim, Rennan Faria Kruger Thamay e Daniel Granado entendem que se trata de um direito fundamental protegido como cláusula pétrea na Constituição vigente, porém cuidar-se-ia de um conceito vago, razão pela qual procuram

¹⁶³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 11-22.

¹⁶⁴ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13. ed. São Paulo: RT, 2018. p. 110.

encontrar seu “núcleo conceitual” e, para tanto, realizam uma breve investigação histórica identificando as origens do princípio na Magna Carta de 1215, assinada pelo Rei João Sem-Terra da Inglaterra, e sua transposição para a Constituição dos Estados Unidos da América. Logo, citando Sampaio Dória, sustentam que o “embrião do princípio está ligado à ideia de processo ordenado”,¹⁶⁵ concepção com a qual não podemos concordar por ser pleonástica, pois o processo é considerado atualmente procedimento (atos ordenados, estabelecidos por lei visando a um provimento) em contraditório.

Contudo, sem dizerem exatamente qual seria o “núcleo conceitual”, os autores admitem que o conceito vem sofrendo evolução e que com o fenômeno da supremacia da Constituição o princípio tem sido utilizado como um dos principais elementos do controle de constitucionalidade americano, especialmente a *dimensão substantiva* que esse princípio alcança na Corte americana, pois a ofensa a direitos fundamentais, por atos legislativos e administrativos, também violaria o devido processo legal.¹⁶⁶

Os autores asseveram ainda que, como o devido processo legal é a origem de todos os demais princípios constitucionais, é, portanto, “mais uma garantia do que propriamente um princípio”.¹⁶⁷

Outros autores que trabalham o devido processo legal, mas oferecem um conceito mais definido, são Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, que assim o apresentam: “o conjunto de garantias constitucionais, que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”.¹⁶⁸ Logo na sequência, assim como Eduardo Arruda Alvim Alvim, Rennan Faria Kruger Thamay e Daniel Granado, continuam vinculando de alguma maneira o “devido processo” ao “procedimento adequado”, porém afirmam que (o procedimento) “há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida”.¹⁶⁹ Ainda

¹⁶⁵ ALVIM, Eduardo Arruda; KRUGER, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional* cit., p. 24-26.

¹⁶⁶ ALVIM, Eduardo Arruda; KRUGER, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional* cit., p. 27-28.

¹⁶⁷ Idem, p. 29.

¹⁶⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo* cit., p. 91.

¹⁶⁹ Idem, *ibidem*.

aqui entendemos pleonástica a afirmação, pois, se de um lado o conceito de procedimento está incluído no conceito de processo, de outro, a realidade social e a relação de direito material também encontraram no processo (se ele for devido) o lugar de sua manifestação de forma tal que cada uma das partes possa influenciar igualmente a produção da decisão. E é claro que daí decorre uma série de consequências e princípios a fim de garantir essa igualdade de condições no curso do processo.

Outra concepção, mais elaborada, é a de Rosemiro Pereira Leal, que prefere o termo *devido processo constitucional*. Ele rejeita a forma como diversos autores vêm explicando e conceituando o *devido processo legal*, fundamentando-o historicamente no direito anglo-saxão, pois, conforme ele explica, de acordo com a origem do instituto do direito inglês, o devido processo legal realizar-se-ia pelo julgamento em que os julgadores fossem “pares” do acusado; nas palavras do autor: “[...] a paridade definia-se pela condição socioeconômico-política entre pessoas, e não por lei escrita pelo povo constituinte que a todo povo igualasse por simétrica paridade processual”. Além disso, devido processo seria uma decorrência da lei natural, revelada pelo rei. E por considerar que atualmente o processo é criação da Constituição ele prefere a expressão devido processo constitucional.¹⁷⁰

O critério por nós adotado é justamente o da previsão constitucional do direito processual, sendo o mais típico deles o devido processo legal. Apesar de concordarmos com Rosemiro Pereira Leal no aspecto de que se trata de um direito constitucional, ou processual constitucional, em razão de sua previsão no texto da nossa Carta política, bem como por ser vinculante em todas as esferas jurídicas e administrativas, não adotaremos a terminologia por ele indicada; primeiro, porque o termo consagrado na doutrina e na jurisprudência é “devido processo legal”, e, segundo, porque a própria Constituição Federal utiliza essa terminologia (art. 5.º, LIV, CF). Portanto, sem desconsiderar que se trata de um direito processual constitucional, empregaremos o termo devido processo legal.

Acreditamos que, em face do que foi apresentado até agora, o fenômeno da “materialização do processo” ficou bem demonstrado. Willis Santiago Guerra Filho faz uma crítica a essa forma de explorar a vinculação entre

¹⁷⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos cit., p. 49-55.

processo e Constituição, pois trataria apenas da “adaptação” dos institutos já consagrados do direito processual às determinações da Constituição, e exemplifica “a independência do órgão julgador, o direito de os interessados terem acesso ao juízo e serem tratados com igualdade etc.”.¹⁷¹ Por essa razão, ele confere maior importância ao “outro movimento” que estudaremos a partir do próximo tópico.

4.4 Procedimentalização do direito constitucional

Esse segundo movimento identificado por Willis Santiago Guerra Filho, ou seja, “a procedimentalização do direito constitucional”, é relativamente novo e, apesar da divisão em tópicos neste trabalho, é indissolúvel de seu aspecto material. Elas são complementares, uma vez que as Constituições a partir da segunda metade do século XX não adotam unicamente a estrutura de regras como mencionamos anteriormente. As normas ali contidas assumem majoritariamente, por opção do constituinte, a natureza jurídica de princípios. Esse fato se dá por uma razão: a complexidade da sociedade. É essa complexidade da sociedade contemporânea ou “pós-moderna” que levou o constituinte a optar por deixar em segundo plano, ou melhor, delegar para as leis infraconstitucionais a maior parte das regulações do tipo “regra”, ou seja, aquelas que permitem subsunções no modelo silogístico clássico.

Hoje, segundo Willis Santiago Guerra Filho, a regulação exigida pela Constituição assume “caráter finalístico” e um “sentido prospectivo”. Não cabe, como dissemos, o esquema simples da “previsão legal anterior” na qual eventualmente se enquadrará algum fato tipificado na norma. Os problemas são novos e as situações com as quais o Judiciário tem que lidar a cada dia também o são e, na maioria das vezes, imprevisíveis. Por esse motivo, “o que se espera hoje de uma Constituição são linhas gerais para guiar a atividade estatal e social”.¹⁷²

¹⁷¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional* cit., p. 7-8.

¹⁷² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional* cit., p. 1-2.

Entretanto, talvez mais importante do que isso seja o fato que caracteriza as Constituições atuais, isto é, a “normatização da normatização”, pois, nas palavras do próprio Willis Santiago Guerra Filho:

Assim sendo, tem-se que, de uma perspectiva formalista, segundo a qual o que é próprio de uma Constituição seria o estabelecimento de normas para a elaboração e identificação de outras normas da ordem jurídica nela baseada, podemos perfeitamente classificar as normas “por natureza” constitucionais como processuais. De fato, todo o aspecto organizatório, a distribuição de competências e de poderes entre as diversas esferas estatais, reveste-se de um caráter processual, ao tratar de matéria diversa daquela que se considera aqui de direito material, já que não impõem diretamente nenhum padrão de comportamento a ser assumido pelos integrantes da sociedade política.¹⁷³

Outro tipo de norma considerada “por natureza” constitucional são aquelas que regulam “certos modelos de conduta, pela atribuição de direitos, deveres e garantias fundamentais”.¹⁷⁴

Para exemplificar, tanto a complexidade como a “normatização da normatização”, consideremos uma situação até pouco tempo atrás impensável, que é a cirurgia para mudança de sexo, ou, em termos mais precisos, cirurgia para readequação sexual. Desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 a mudança de nome e gênero nos assentos de registro civil para pessoas que realizavam essa cirurgia por força do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF), isonomia (art. 5.º, *caput*, CF), entre outros, vem sendo realizada sem maiores discussões doutrinárias no campo jurídico.

A questão permaneceu em aberto tratando-se das pessoas transexuais que não tinham realizado qualquer tratamento cirúrgico ou hormonal e que pretendiam a mudança de nome e de sexo no registro civil. Havia posições favoráveis à tese de que seria possível, bem como contrárias. Não entraremos na discussão, mas o fato é que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, proposta pela Procuradoria-Geral da República, que questionava a constitucionalidade do art. 58 da Lei 6.015/1973, o Supremo Tribunal Federal de forma unânime decidiu que é possível a qualquer

¹⁷³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição cit., p. 19.

¹⁷⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição cit., p. 19.

pessoa transgênero a mudança do sexo e do nome no registro civil, inclusive pela via administrativa. Houve divergência apenas quanto aos requisitos para tal procedimento. Mais recentemente, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento 73/2018 que regulamenta a situação para uniformizar a situação nos registradores públicos do País.

Até aqui a questão se mostra muitíssimo difícil de ser tipificada em uma norma qualquer com a estrutura de regra.

No entanto, a situação pode ser ainda mais complicada, se, por exemplo, a pessoa transexual que conseguiu a alteração do nome no registro civil e que agora se identifica socialmente com o sexo oposto ao seu registro civil anterior, por alguma razão qualquer, resolve voltar a ter uma vida heterossexual e passa assim a se identificar socialmente. É possível voltar a usar o nome anterior? E se a pessoa resolver alterar novamente o nome e o sexo? Quais as consequências para o sistema de justiça como um todo, como a dificuldade de citar a pessoa em processos executivos ou mesmo o uso de tal regramento para dificultar a localização pela polícia de pessoas procuradas por crimes? Há limitação quantitativa? Há limitação temporal?¹⁷⁵

Nossa pretensão não foi responder a nenhum desses questionamentos. Pretendemos, com o referido exemplo, evidenciar o “caráter finalístico” e “prospectivo” já apontado por Willis Santiago Guerra Filho das normas constitucionais, pois apenas assim será possível lidar com questões como as apresentadas.

Diante desse quadro de alta complexidade da sociedade atual, como o direito deve atuar? A resposta que julgamos mais adequada encontra-se na teoria processual da Constituição, que será estudada em capítulo próprio. Aqui, nosso objetivo foi enunciar esse aspecto do direito processual constitucional.

¹⁷⁵ A discussão foi levantada em sala de aula durante a disciplina Direito e Liberdade do mestrado na PUC-SP, no primeiro semestre de 2018 (ministrada pela Profa. Dra. Márcia Cristina de Souza Alvim), pelo colega de profissão e de mestrado, o advogado Lucas Marshall Santos Amaral.

CAPÍTULO 5 – CONSTITUIÇÃO NÃO EFETIVA: RAZÕES DOUTRINÁRIAS

5.1 Constitucionalização simbólica

Quando tratamos dos princípios jurídicos, apenas esboçamos o que é a preocupação central do nosso trabalho, que é a efetivação de seu texto na realidade social, entre eles os direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais). No Capítulo 2 também deixamos a pergunta em aberto: “como efetivá-los?”. Antes, porém, de tentar respondê-la, tentaremos compreender as causas de sua não efetividade.

O diagnóstico desse problema foi muito bem elaborado por Marcelo Neves em sua obra *A constitucionalização simbólica*. Permitir-nos-emos, então, apresentar em linhas gerais o problema nessa perspectiva.

Marcelo Neves parte do conceito de “legislação simbólica” de Harald Kindermann para desenvolver seu trabalho. Na delimitação proposta, o autor conceitua legislação simbólica como o “predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental”.¹⁷⁶

O autor realiza ainda distinções entre “direito simbólico e legislação simbólica” e entre “legislação simbólica e rituais e mitos políticos e jurídicos” antes de trabalhar com dois conceitos importantes, quais sejam: “a concepção instrumental” da legislação, adotada pelo positivismo jurídico” e a “concepção simbólica”, que será objeto de análise. Essa diferenciação é fundamental, pois permanecerá no plano da Constituição, como veremos adiante. Por conseguinte, as leis são definidas como “meios insuperáveis para se alcançar determinados fins ‘desejados’ pelo legislador”, ou seja, “instrumentos seguros de controle social”.¹⁷⁷

¹⁷⁶ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica* cit., p. 23.

¹⁷⁷ Idem, p. 29.

A função instrumental da lei, nesse sentido, fracassaria não só pela sua “ineficácia social”, mas pela ação da “legislação simbólica”, que apresentaria referência expressa “normativo-jurídica”, mas cuja finalidade é a “política”. Nesses casos, “a referência deôntico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou ‘político-ideológica’”.¹⁷⁸

A partir dessa conceituação inicial, Marcelo Neves passa a distinguir os “tipos de legislação simbólica”, dentre eles “a confirmação de valores sociais”, “a legislação-álibi” e “a legislação como fórmula de compromisso dilatatório”.

Toda essa fase, digamos, “preparatória” é fundamental, pois os fenômenos identificados na “legislação simbólica” também o serão na “Constituição simbólica” com seus efeitos positivos e negativos qualitativa e quantitativamente potencializados (pela maior abrangência da Constituição).

A legislação simbólica como “confirmação de valores sociais” seria uma maneira de conferir *status* a um determinado grupo, tendo seus valores reconhecidos na forma legislativa, sem preocupação com a efetividade normativa daquela lei na esfera social. Esse tipo de legislação simbólica, cuja finalidade é “diferenciar grupos e seus respectivos interesses”,¹⁷⁹ não será objeto de discussão, pois nosso objetivo é estudar as razões pelas quais os textos “normativos” não se efetivam na realidade social.

Outra espécie de legislação simbólica, esta sim objeto de interesse do nosso estudo, é a “legislação-álibi”. Marcelo Neves explica que esse tipo de legislação é produzido sob pressões sociais de diversos grupos, porém “sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas”. Nesse sentido, a legislação-álibi tem função “ideológica” na medida em que não resolve os problemas, e, por criar a ilusão de solução ou, no mínimo, representaria a disposição para a solução deles por parte dos governantes, ela “obstrui” a atuação de outros fatores sociais que poderiam de alguma maneira promover as mudanças necessárias no plano da realidade social, pois a “crença” na solução jurídico-normativa imobiliza essas forças sociais fazendo com que

¹⁷⁸ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica* cit., p. 31.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 35.

elas esperem passivamente (ao menos momentaneamente) a solução dessas questões.¹⁸⁰

Por fim, a “legislação como fórmula de compromisso dilatatório” também é fundamental para entendermos o que se passa no Brasil, pois ela serve, como o próprio nome indica, “para adiar solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios”.¹⁸¹ Levar a solução para o “futuro” é a forma mais eficiente de manter as coisas como estão, porém o artifício de solucionar no “texto legal” a questão remete a efeitos no campo político desejado pelos grupos em disputa. Na verdade, o que se busca é a “evidente impraticabilidade”, nos termos usados por Lenk e também por Aubert, citados por Marcelo Neves.¹⁸²

Em face do exposto, Marcelo Neves distingue “eficácia” no sentido “jurídico”, que seria um juízo de verificação dos requisitos para que a norma produza seus efeitos jurídicos, e a “eficácia” no sentido “empírico ou sociológico”, que diz respeito à conformidade das condutas com a prescrição normativa (no sentido condicional das regras mencionado anteriormente). O sentido “empírico” é o que teria sido adotado pela teoria pura do direito, e é essa eficácia que o autor pretende verificar se ocorre, que poderia ser realizada tanto de forma autônoma quanto por coerção. A ineficácia seria o resultado da não realização tanto de maneira autônoma como *impositiva*. É nesse contexto que o autor introduz a noção de “uso do direito” em que a “infraestrutura” necessária para a aplicação da lei não está disponível, e, portanto, pode-se falar em ineficácia da lei, uma vez que ela não estará sendo observada (pelos mais variados motivos) no contexto de interação entre os cidadãos.¹⁸³

Outra distinção que o autor faz é a de “efetividade”, não diretamente relacionada à concretização social do texto normativo (regulação), mas sim ao cumprimento de sua “finalidade” ou “programa finalístico” no sentido de “meio-fim”. Portanto, no sentido de “asseguração de expectativas” ou “vigência social”, está relacionada ao fato de “vivenciar” ao contrário da questão da eficácia que está no plano do ‘agir’”.¹⁸⁴

¹⁸⁰ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica* cit., p. 36-41.

¹⁸¹ Idem, p. 41.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Idem, p. 43-47.

¹⁸⁴ Idem, p. 47-52.

A ausência de condições do texto legal de dirigir condutas e regular expectativas normativas é o que caracteriza sua falta de normatividade e, portanto, a possibilidade de existência de uma legislação simbólica.¹⁸⁵

Tudo o que foi dito até aqui aplica-se à Constituição, pois “é mais abrangente nas dimensões social, material e temporal”.¹⁸⁶

O autor passa então a analisar os efeitos da “constitucionalização simbólica”, tendo como ponto de partida a diferenciação entre “texto normativo” e norma, no sentido de Friedrich Müller, para quem a norma é a conjugação do “programa normativo” (texto) e “âmbito normativo” (realidade). Ele destaca, inicialmente, os “efeitos negativos” da “constitucionalização simbólica”, e o primeiro deles é a falta de normatividade, ou seja, a deficiente “concretização jurídico-normativa de forma generalizada”. Na perspectiva da teoria dos sistemas, também utilizada pelo autor, ocorre um “bloqueio” da reprodução sistêmica mediante a intervenção direta de outros códigos binários diferentes do código jurídico (lícito/ilícito ou direito/não direito) em sua operação. Ressalta o referido autor que, de acordo com a linguagem metódico-estruturante, faltaria “integração” entre programa normativo e âmbito normativo. Esse, contudo, não é o único problema identificado pelo autor, uma vez que ele percebe que os agentes e órgãos adotam como prática “‘socavar’ a Constituição (evasão ou desvio de finalidade), mas também no sentido de violá-la contínua e casuisticamente”.¹⁸⁷

Outro fator identificado por Marcelo Neves é o “político-ideológico”, caracterizado como “positivo”, uma vez que, mesmo não tendo a “normatividade jurídica generalizada” que se observa na constituição normativa (e isso é o principal fator negativo), nela se observa a resposta “a exigências e objetivos políticos concretos”. A constituição simbólica em sentido positivo é, portanto, um fator ilusório e instrumental, pois “imuniza” o sistema político das demandas sociais, assim como ocorre na legislação simbólica. Entretanto, no caso da legislação simbólica, o problema atinge “o núcleo” do sistema jurídico, inviabilizando sua estrutura operacional.¹⁸⁸ Nas palavras do autor:

¹⁸⁵ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica* cit., p. 53.

¹⁸⁶ Idem, p. 90.

¹⁸⁷ Idem, p. 90-94.

¹⁸⁸ Idem, p. 94-96.

Fala-se em constitucionalização simbólica quando o problema do funcionamento hipertroficamente político-ideológico da atividade e texto constitucionais afeta os alicerces do sistema jurídico constitucional. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a “separação” de poderes e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais nem na conduta e expectativas da população. Mas sobretudo no que diz respeito ao princípio da igualdade perante a lei, o qual implica a generalização do código “lícito/ilícito”, ou seja, a inclusão de toda a população no sistema jurídico.¹⁸⁹

Detivemo-nos na obra *A constitucionalização simbólica* de Marcelo Neves nas últimas linhas, pois acreditamos que ela fornece um ótimo “diagnóstico” do problema que enfrentamos no Brasil. Ele prossegue a investigação nos termos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann para concluir que a constitucionalização simbólica pode se tornar o principal fator para a corrupção sistêmica generalizada, ou seja, a *alopoiése* do sistema jurídico. Nessa situação, o sistema funcionalmente diferenciado deixa de se reproduzir utilizando seu próprio código (*autopoiése*) e passa a usar o código de outro sistema, não se diferenciando dele e, com isso, não existindo como sistema autônomo. Concordamos com essa abordagem, mas acreditamos que, em face do que foi exposto até aqui, já é possível discutir os principais problemas da falta de efetividade do texto constitucional no Brasil que, o nosso ver, são a “Constituição-álibi” e as “fórmulas dilatórias”, bem como a ausência de uma instituição capaz de lidar adequadamente com esses fenômenos.

5.2 Teoria das cargas de eficácia – doutrina constitucional inconstitucional?

No Brasil, a nosso ver, a teoria que ficou conhecida como “teoria das cargas de eficácia” e sua concepção de norma “programática” é um dos maiores exemplos de “constitucionalização simbólica”, pois, como o nome da teoria sugere, sem desconsiderar a positividade dos dispositivos constitucionais e mesmo reproduzindo o texto do art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal – “As

¹⁸⁹ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica* cit., p. 100.

normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” –, essa teoria defende, segundo José Afonso da Silva, que algumas normas não tenham “eficácia” e “aplicabilidade” imediata. Logo, a depender do enunciado da norma de direitos fundamentais, a aplicabilidade e a eficácia estariam condicionadas à legislação posterior para regulamentá-la.

Abordaremos mais detidamente o tema na versão de três importantes autores: José Horácio Meirelles, José Afonso da Silva e Paulo Bonavides. Desses três o único que dedicou uma obra completa ao tema foi José Afonso da Silva, o qual também ficou mais conhecido em virtude de sua classificação, razão pela qual começaremos por sua abordagem.

5.2.1 José Afonso da Silva e as normas de eficácia plena, contida e limitada

De acordo com o autor, as normas constitucionais devem ser classificadas como de eficácia plena, contida e limitada.¹⁹⁰ José Afonso da Silva, sem desconsiderar os demais conceitos de Constituição já discutidos, expressa que trabalhará com um conceito formal de Constituição rígida e escrita. Além disso, frisa que esse tipo de Constituição rígida tem caráter fundamentalmente sintético e que, por isso, depende de normas complementares e leis ordinárias para lhe completar o sentido e evitar que ela mesma tenha que descer a minúcias. Também registra que não fará qualquer distinção interna, como normalmente ocorre entre Constituição material e Constituição formal (explicadas *supra*), e todas as normas inscritas no texto constitucional serão por ele consideradas normas constitucionais.¹⁹¹

Primeiramente, é importante registrar que o autor trabalha com um conceito de norma totalmente diferente do que adotamos nesta monografia. Para ele, “normas constitucionais” são todas as “regras que integram uma constituição rígida”, ou seja, ele não trata de princípios jurídicos no sentido aqui empregado. Além disso, conceitua regra, citando Gregorio Robles, da seguinte maneira:

¹⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 180.

¹⁹¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 37-43.

Nesse sentido, a palavra *regra* seria uma proposição linguística destinada a dirigir, direta ou indiretamente, a ação humana. Nessa perspectiva, as regras são de três tipos, *regras ônticas*, que dizem respeito à existência de um campo prático de atuação, assim as que definem a existência do Estado, sua forma, seu poder; *regras técnicas* ou de *procedimento*, que são as que assinalam meios necessários para conseguir os fins propostos, como as regras de competência e atribuições; *regras deônticas* ou normas, que são as que estabelecem pautas de comportamento, um preceito de dever ser, e só estas seriam normas, porque só elas exprimem *dever ser*.¹⁹²

Como se percebe, o conceito de norma é totalmente distinto daquele que de estamos tratando, uma vez que o autor não trabalha com o conceito de princípios constitucionais, e mesmo o conceito de regra que abordamos não é totalmente compatível com o que ele utiliza. A aproximação que poderia ser feita seria entre o conceito por ele apresentado e o conceito de regra que expusemos anteriormente, no sentido de equiparar o que ele chama de *regra deôntica* ao conceito de regra condicional, por nós adotado, que denominamos simplesmente “regra”.

O autor, contudo, chega a admitir que existem normas constitucionais que estão fora do texto constitucional, mas que elas equivalem à constituição material, no sentido que mencionamos anteriormente, podendo, entretanto, essas normas estar também inseridas no texto constitucional, situação em que seriam normas formal e materialmente constitucionais.¹⁹³

Antes de analisar a questão específica da eficácia normativa, o autor centraliza o problema que pretende enfrentar, qual seja: por um lado, ele admite que *todas* as normas constitucionais têm a estrutura lógica de normas jurídicas, superando, de outro, as teorias que reconheciam a existência de normas inseridas no texto constitucional, que não teriam o caráter de normas jurídicas, limitando-se a meros programas ou políticas.

Ocorre que o paradigma em que o autor trabalha sua teoria entende que as regras jurídicas são imperativos, ou seja, citando Miguel Reale, o autor assim reafirma o conceito por ele adotado de regra jurídica: “[...] regra jurídica traduz um imperativo, a obrigatoriedade de um comportamento, uma exigência de ação ou omissão”.¹⁹⁴ A noção de princípio empregada por ele refere-se à

¹⁹² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais* cit., p. 44. Nota de rodapé n. 1.

¹⁹³ Idem, p. 44-46.

¹⁹⁴ Idem, p. 44-49.

segunda acepção que esclarecemos anteriormente, ou seja, princípios, para ele, estão inseridos no texto, mas têm um caráter meramente “programático”, como se percebe na seguinte passagem:

[normas programáticas] não remetem à lei; estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, *mas não impõem propriamente ao legislador a tarefa de atuá-las*, mas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nelas indicados¹⁹⁵ (grifos nossos).

Portanto, estando vigente a Constituição, sendo suas normas imperativos, existe alguma possibilidade de não aplicar todas as suas determinações?

É nesse contexto que o autor inclui o conceito de eficácia, que se relaciona com o conceito de aplicabilidade, mas com ele não se confunde. A eficácia seria uma “potencialidade” e aplicabilidade estaria mais relacionada à realizabilidade.¹⁹⁶

Eficácia, por sua vez, pode ter dois sentidos, sendo o primeiro aquele anunciado por Hans Kelsen, ou seja, a efetividade social, que se constata avaliando se a norma está sendo obedecida e aplicada. Outro sentido possível é o da eficácia jurídica, ou seja, a capacidade de produzir efeitos jurídicos em maior ou menor grau.

O autor deixa claro que ele tratará do segundo sentido.¹⁹⁷ Somente após todas essas distinções é que o autor passa a trabalhar com sua classificação das normas jurídicas, tendo por critério sua eficácia [jurídica].

Em breves linhas, poderíamos dizer que a norma de *eficácia plena* é aquela em que todos os elementos para que ela produza efeitos estão previstos na própria norma. Esse tipo de norma teria aplicação imediata, direta e integral. As normas de *eficácia contida* são aquelas que admitem restrições por parte de lei infraconstitucional, portanto têm eficácia imediata e direta, mas não integral, pois a qualquer momento pode surgir uma lei que restrinja sua aplicabilidade, obrigando os jurisdicionados a se adaptar a ela. Por fim, a norma de *eficácia limitada* é aquela que exige a regulamentação por parte do legislador infraconstitucional; essas normas teriam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.¹⁹⁸

¹⁹⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais* cit., p. 84.

¹⁹⁶ Idem p. 60.

¹⁹⁷ Idem p. 65-66.

¹⁹⁸ Idem p. 83.

As normas de *eficácia limitada* subdividem-se em normas de *princípio institutivo* e normas de *princípio programático*. As normas de princípio institutivo são aquelas em que a Constituição traz as disposições gerais acerca dos órgãos e instituições, deixando que a lei disponha de forma específica sobre como esses órgãos e instituições serão estabelecidos e organizados. As normas de princípio programático são aquelas relacionadas a “planos de governo”, que concretizam os fins ético-sociais previstos na Constituição.¹⁹⁹

Sem dúvida, essa classificação representa uma evolução em relação ao tratamento dado pelas doutrinas americana e italiana sobre o tema, o qual foi introduzido no Brasil por Ruy Barbosa, como argumenta o próprio autor e também José Horário Meirelles Teixeira, que estudaremos a seguir, pois, segundo essas doutrinas, em alguns casos, poder-se-ia concluir que existem normas constitucionais não dotadas de normatividade ou executoriedade, fato já identificado e criticado pelo próprio Ruy Barbosa.²⁰⁰

Consoante essa teoria, o que diferencia as normas constitucionais, quando considerada a “eficácia”, é o “grau de seus efeitos jurídicos”.²⁰¹ Entretanto, de acordo com essa classificação, a nosso ver, muito poder fica concentrado nas mãos do Legislativo. Esse fato, por si só, já seria temerário, pois, como temos estudado ao longo deste trabalho, a principal instituição que deve garantir a efetividade da Constituição é a Corte Constitucional, e não o Poder Legislativo.

Ocorre ainda que, segundo a “teoria das cargas de eficácia”, na versão de José Afonso da Silva, o Legislativo não teria obrigação de regulamentar as normas constitucionais que condicionam sua aplicabilidade a disposições legislativas, quando se tratar de normas “programáticas”.

O problema maior refere-se ao fato de que os direitos sociais são considerados “programáticos” por essa teoria. Dessarte, o que a teoria das cargas de eficácia promove é exatamente uma constitucionalização simbólica, ou seja, a inserção de dispositivos como o art. 196 da CF, que trata do direito à

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais* cit., p. 84.

²⁰⁰ Idem, p. 73-77.

²⁰¹ Idem, p. 82.

saúde (o exemplo é do autor)²⁰², entre as “normas programáticas” é, a nosso ver, a expressão da Constituição-álibi, como referimos anteriormente.

A própria Constituição, entretanto, prescreve remédios para a eventual omissão do Legislativo. Todavia, para usar a expressão de Marcelo Neves, esses dispositivos também podem ser objeto de constitucionalização simbólica? Estudaremos adiante esse fenômeno ao tratarmos da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção.

Além disso, vale registrar que o interesse por essa questão não é recente. Willis Santiago Guerra Filho havia demonstrado preocupação com esse tipo de postura em sua teoria, com base no que diz Tercio Sampaio Ferraz Jr., denominando de “procedimentos interpretativos de bloqueio”, e prossegue com as lições de Eros Roberto Grau, que alertava para as intenções de acobertar um caráter reacionário com esse tipo interpretação.²⁰³

5.2.2 José Horácio Meirelles Teixeira – Leis programáticas como solução de compromisso

Inicialmente, é preciso anotar que o tema é tratado em capítulo próprio da obra *Curso de direito constitucional*, cuja primeira edição é de 1991. Entretanto, essa obra é o resultado da organização de diversas apostilas de autoria de José Horácio Meirelles Teixeira datadas dos anos de 1952 e 1953, cuja organização foi realizada por Maria Garcia.

Portanto, a abordagem de José Afonso da Silva é posterior, uma vez que a primeira edição de seu livro *Aplicabilidade das normas constitucionais* é de 1967. Como o próprio autor afirma, porém, o tema fora mencionado apenas em aulas de José Horácio Meirelles Teixeira, sendo ele o primeiro a realizar uma sistematização.²⁰⁴

²⁰² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais* cit., p. 84.

²⁰³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais* cit., p. 60-61.

²⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais* cit., p. 13.

No entanto, optamos por apresentar neste trabalho a versão de José Afonso da Silva antes da versão de José Horácio Meirelles Teixeira, pois a teoria ficou conhecida nacionalmente por meio da obra do primeiro.

Vale destacar que o autor se preocupa em diferenciar o que ele chama de “eficácia jurídica” da “eficácia social” ou “eficácia sociológica” das normas, para designar o que o autor chama de “eficácia social”, e esta refere-se a real observação da norma ou não pelos membros da sociedade.

Por sua vez, a *eficácia jurídica* ou aplicabilidade refere-se “a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular desde logo, em maior ou menor escala, as situações, relações e comportamentos de que cogita”. Essa capacidade de produção de efeitos jurídicos pode ser definida, segundo o autor, como “exigibilidade”, que continua: “Consideramos, destarte, como sinônimos as expressões eficácia jurídica, aplicabilidade e executoriedade”.²⁰⁵

Superada a questão terminológica, o autor passa a estudar a eficácia jurídica das normas constitucionais, que para ele está relacionada a saber se a norma se aplica “desde logo, independentemente de regulamentação por lei ordinária”. Para ele, a eficácia jurídica é condição de vigência plena da norma, ou seja, para que ocorra a “integração normativa” da norma constitucional “não autoaplicável” é necessária sua regulamentação por parte de lei ordinária: “a plena vigência da Constituição depende claramente, aí, de sua integração normativa”.²⁰⁶

No entanto, o autor adverte que frequentemente a Constituição não é expressa ao determinar a necessária complementação por leis ordinárias, e nesses casos “deverá o jurista recorrer à própria natureza, própria estrutura, ao próprio enunciado, ao conteúdo da norma e às exigências lógicas de sua aplicação; para concluir sobre a sua aplicabilidade dependente ou não, de regulamentação por lei ordinária”.²⁰⁷

José Horácio Meirelles Teixeira faz ainda uma análise crítica da doutrina clássica americana que classificava as normas constitucionais em “autoaplicáveis” e “não autoaplicáveis”, porém ele abandona essa classificação,

²⁰⁵ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional* cit., p. 278.

²⁰⁶ Idem, p. 284.

²⁰⁷ Idem, p. 285.

uma vez que todas as normas são dotadas de certa eficácia, não podendo nenhuma delas ser classificada como “não autoaplicável”. Ademais, ele assinala que nenhuma norma é capaz de produzir todos os seus efeitos de forma imediata, o que não ocorre, pois qualquer norma está suscetível de desenvolvimentos posteriores e novas aplicações. Por conseguinte, conclui que essa teoria “não pode fornecer uma visão ordenada e científica dos variados efeitos jurídicos das normas programáticas e das demais disposições de princípio”, e prossegue: “O novo caráter *largamente programático*, porque *social* das Constituições modernas, e ainda as exigências da ciência jurídica dos nossos dias requerem um tratamento novo e mais aprofundado do assunto”.²⁰⁸

A proposta dele para o estudo do “problema da eficácia das normas constitucionais” é a precursora do tema no Brasil e parte das lições de Vezio Crisafulli para desenvolver sua abordagem. A versão de José Afonso da Silva segue muito próxima à dele, porém na classificação de José Horácio Meirelles Teixeira não existe a figura das “normas de eficácia contida”, como vimos anteriormente.²⁰⁹ Para ele, existem apenas duas categorias:

- a) normas de eficácia *plena*;
- b) normas de eficácia *limitada*, ou reduzida.

O critério por ele utilizado para classificar as normas como de eficácia plena ou limitada é a sua capacidade para produzir ou não imediatamente “todos os seus efeitos essenciais”, ou seja, “as normas de aplicabilidade plena incidem *direta e imediatamente*”, enquanto as normas de aplicabilidade limitada atingem de “modo *totalmente indireto e mediato*”. No primeiro caso, os efeitos essenciais são produzidos independentemente de lei ordinária para regulamentá-la, já a norma de eficácia limitada depende de outras normas (portanto, indireta) para alcançar seus efeitos essenciais.²¹⁰

Identifica, portanto, o autor dois critérios para distinguir as normas de eficácia plena das normas de eficácia limitada; são eles: a própria *redação* da

²⁰⁸ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional* cit., p. 287-301.

²⁰⁹ Também denominadas por alguns autores como normas de eficácia “restringível”.

²¹⁰ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional* cit., p. 302.

norma constitucional, que pode fazer ou não referência à legislação posterior, e os critérios *ético-políticos* definidos na norma e seu caráter de *compromisso*.²¹¹

Dentre as normas de eficácia limitada encontram-se outros dois tipos de normas: as normas *programáticas* e as normas de *legislação*. As normas de legislação não oferecem maiores problemas, pois tratam apenas de situações técnicas de funcionamento do próprio Estado e, por não representarem conflitos ideológicos, são rapidamente implementadas, razão pela qual não nos deteremos nelas.²¹²

As normas programáticas, por sua vez, merecem maior atenção e o autor dedica um tópico de seu trabalho para conceituar e explicitar seus objetivos:

A norma, destarte, acha-se apta a produzir, imediatamente, apenas fins não essenciais, o legislador constituinte, por estas ou aquelas razões, preferiu ficar em meio do caminho, numa “promessa de legislação” (daí denominarem os alemães, a estas normas, “normas de promessa”, *Versprechungsnormen*).²¹³

Ele não se limita e investiga as razões que levaram o constituinte a adotar normas “programáticas”, encontrando-as na história das Constituições sociais modernas (para ele, tanto as normas programáticas quanto as Constituições sociais têm a mesma história). E aqui também preferimos reproduzir as palavras do autor:

Tratando da origem das disposições programáticas no caso específico da Constituição italiana – e o que lá se passou ocorreu também, em maior ou menor escala, na generalidade dos países de Constituição “social”, inclusive no nosso, com as Constituições de 1934 e 1946 –, mostra Crisafulli que a Constituição italiana de 1947 nasceu, na realidade, da experiência unitária da luta antifascista pela independência nacional e pela liberdade, que visava à realização da aliança dos grupos mais avançados da alta, pequena e média burguesia, em torno dos partidos políticos que representavam a classe trabalhadora. *Refletia, portanto, um ponto de equilíbrio entre as diversas forças políticas e entre as diversas forças políticas e as respectivas tendências programáticas*; umas que visavam a uma simples restauração do ordenamento político-social pré-fascista e outras que, ao contrário, visavam a alcançar radicais transformações na estrutura da velha sociedade italiana²¹⁴ (grifos no original).

²¹¹ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional* cit., p. 306.

²¹² Idem, p. 311-313.

²¹³ Idem, p. 308.

²¹⁴ Idem, *ibidem*.

Nessa conjuntura, o autor identifica ao menos duas faces, sendo a primeira destinada a forma e estrutura de governo [acrescento, com eficácia plena] e a outra relativa propriamente às conquistas sociais, mas que não tiveram força de se expressar de maneira enfática e imediata, e, com base nas lições de Vezio Crisafulli, ele as chama de normas de “diretivas programáticas”. O referido autor salienta ainda um fenômeno que até hoje se percebe na realidade legislativa e judicial brasileira e que já apontamos com base em outras abordagens, que é a prática de considerar “programática” qualquer norma que contrarie os “grandes interesses”. Ato contínuo, essas forças contrárias à concretização das normas “sociais” ou “programáticas” atuaram sobre os corpos legislativos “no sentido de protelar, indefinidamente, o desenvolvimento de normas programáticas em leis ordinárias, estas necessárias à consecução dos fins daquelas”.²¹⁵

No trabalho de José Horácio Meirelles Teixeira, uma contribuição que se destaca e que insistimos é sua visão acerca da atuação das Cortes Constitucionais, pois, segundo ele, “cumpre ao intérprete e aplicador da Constituição procurar sempre dar aos dispositivos desta o máximo de efeitos possível”, e assinala com base na doutrina italiana que a Corte Constitucional daquele país tem sustentado que “as normas programáticas podem produzir efeitos jurídicos imediatos”.²¹⁶

Não obstante, ao analisar a capacidade para produção de situações jurídicas subjetivas das normas denominadas “programáticas”, ele atribui apenas efeitos “negativos”, ou seja, as três esferas do Poder Público não poderiam contrariá-las. Nesse sentido, o Poder Legislativo deverá observar as normas “programáticas” ao editar leis; o Poder Executivo, ao publicar seus atos administrativos, também não podem desconsiderá-las; e o Poder Judiciário deve interpretar as diversas situações que lhe são apresentadas de modo tal que atenderá o máximo possível as determinações previstas, mesmo que denominadas de “programáticas”. Contudo, não haveria, na opinião do autor, a caracterização das normas “programáticas” como direitos subjetivos e, por isso,

²¹⁵ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional* cit., p. 309-310.

²¹⁶ Idem, p. 315.

não poderiam ser exigidos por particulares em face do Poder Público ou de outros particulares.

As tristes e inaceitáveis consequências de uma teoria como essa podem ser percebidas nos exemplos que o próprio autor nos traz:

Por exemplo, o trabalhador não desempregado não pode exigir trabalho; o agricultor não pode exigir crédito para sua lavoura; a criança desamparada não pode exigir teto, escola, alimentação; o estudante pobre não pode exigir bolsa de estudo, nem o estudioso ou cientista, amparo oficial aos seus esforços; o consumidor não pode exigir que o governo acabe com os trustes e com os lucros abusivos; o trabalhador não pode exigir a participação nos lucros da empresa; o requerente não pode exigir que seu processo caminhe rapidamente nas repartições; o lavrador sem terra para cultivar não pode exigir a reforma agrária etc.²¹⁷

Cada uma das situações elencadas nos exemplos deve ter um tratamento rigoroso e complexo, mas simplesmente adotar uma teoria que desconsidera o texto constitucional a tal ponto que, no limite, admite (pois não permite que se exija a prestação correspondente do Estado) a fome, o abuso do poder econômico e que justifica, entre outras coisas, a ineficiência administrativa, é, a nosso ver, uma *teoria constitucional inconstitucional*, como provoca o título deste tópico, sobretudo um país em que a inércia do Poder Legislativo é patente, especialmente no que se refere à regulamentação de normas relacionadas aos fins sociais do Estado, como anota o próprio autor.²¹⁸

5.2.3 Paulo Bonavides – da Constituição liberal à Constituição social (ou da estabilidade à instabilidade)

Para apresentar sua perspectiva sobre as “normas programáticas”, Paulo Bonavides parte do contraste existente entre as Constituições do Estado Liberal e as Constituições do Estado Social.

As Constituições burguesas consolidaram-se pela via revolucionária e em decorrência das conjunturas históricas, pois, por um lado, havia a realeza e a aristocracia em declínio e as demais classes sociais sem representatividade.

²¹⁷ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional* cit., p. 339.

²¹⁸ Idem, p. 340.

Portanto, as Constituições do século XIX se caracterizavam pela “harmonia e uniformidade”, fenômeno que, segundo ele, também aconteceu nas Constituições socialistas da primeira metade do século XX, em virtude de seu radicalismo.

Em resumo, as Constituições liberais caracterizam-se pela sua brevidade em razão da indiferença quanto ao conteúdo e substância das relações sociais e sua preocupação em disciplinar apenas a estrutura estatal e os direitos civis e políticos. Ainda segundo o autor, essas Constituições foram pensadas para uma “sociedade de indivíduos, e não de grupos, embebida toda numa consciência antioletivista”, e todo o conteúdo material da Constituição era delegado aos órgãos representativos. Por conseguinte, a eficácia das normas sofreu profundo abalo, surgindo um divórcio entre Estado e sociedade.

A situação se modifica com as Constituições do Estado Social, pois elas refletem uma situação de “precariedade e heterogeneidade”, que decorre das soluções de compromisso entre as diversas forças sociais. São Constituições preocupadas em regular “o poder estatal, a sociedade e o indivíduo”. Isso ocorreu pela tentativa de reconciliação do Estado com a sociedade, com “sacrifício das teses individualistas”.

As Constituições sociais tentam um equilíbrio entre as diversas forças políticas e as ideologias e, por esse motivo, são marcadas pela *instabilidade e compromisso*. Assim, os *direitos fundamentais sociais* foram previstos em normas constitucionais classificadas como programáticas e, por isso, de pouca ou nenhuma *normatividade*.²¹⁹

Paulo Bonavides realça ainda as consequências que a classificação de normas como “programáticas” produziu no conceito jurídico de Constituição para o próprio direito constitucional clássico. Para nós, o principal ponto do estudo do autor pode ser sintetizado na seguinte passagem em que ele faz referência a Pietro Virga:

Os princípios sociais enunciados pela Constituição oferecem obstáculos muito mais sérios a uma *conversão em direitos subjetivos* correlatos do que os antigos direitos de liberdade proclamados ao alvorecer do constitucionalismo liberal, conforme ponderou Virga com penetrante acuidade²²⁰ (grifos nossos).

²¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 229-236.

²²⁰ Idem, p. 237.

Esse ponto merece destaque pois apenas os direitos subjetivos podem ser exigidos judicialmente diretamente pelo jurisdicionado. Se a principal característica dos direitos fundamentais é sua “programaticidade” e as normas programáticas não se convertem em direitos subjetivos, o que resta de nossa Constituição? Será ela mesma apenas um símbolo? Voltaremos a essa questão adiante.

Paulo Bonavides, assim como José Horácio Meirelles Teixeira e José Afonso da Silva, faz uma importante reflexão sobre a eficácia normativa das disposições programáticas e, em resumo, considera que as normas programáticas são normas jurídicas destinadas ao próprio Estado, especialmente ao legislador, e devem vincular a atividade estatal futura, prevalecendo mesmo sobre as leis ordinárias que eventualmente lhe sejam contrárias. Ele adota ainda a classificação das normas com eficácia “diferida”, que vinculam também cidadãos. Basicamente, o doutrinador discute autores da escola italiana e adota a posição de Crisafulli, chegando a afirmar que “a face moderna das Constituições é indubitavelmente programática”, mas admite:

Com efeito, de todas as normas constitucionais a programática é indubitavelmente aquela cuja fragilidade mais suscita dúvidas quanto à sua eficácia e juridicidade, servindo assim de pretexto cômodo à inobservância da Constituição.²²¹

Paulo Bonavides percebe claramente em diversos momentos os possíveis males da referida “programaticidade”:

Programaticidade sem juridicidade poderá enfim converter-se formal e materialmente no obstáculo dos obstáculos à edificação constitucional de um verdadeiro Estado de direito. Fora da Constituição haverá lugar para tudo, menos para uma ordem jurídica assentada na legalidade e legitimidade do Poder, segundo os critérios da sociedade democrática, inspirada nos valores ocidentais.

Justamente por perceber os malefícios da adoção de uma teoria que classifica as normas constitucionais de um mínimo a um máximo de eficácia (mesmo que não considere a possibilidade de existência de normas totalmente

²²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 250.

ineficazes) é que a análise da “teoria das normas constitucionais” na obra de Paulo Bonavides parece destoar de todo o conjunto.

Para nós, a própria adoção de qualquer teoria que atribua “cargas de eficácia” distintas para diferentes normas jurídicas é, por si, um malefício que favorece a constitucionalização simbólica nos termos que estamos discutindo neste capítulo.

Essa situação afigura-se-nos mais evidente na obra de Paulo Bonavides, pois ele trabalha (inclusive com entusiasmo em alguns momentos) com a teoria dos princípios (diferente dos demais autores aqui citados, que adotam um modelo de regras constitucionais) que nos parece mais adequada ao paradigma da teoria do direito e do constitucionalismo contemporâneo e que simplesmente dispensa a necessidade de uma classificação como essa e permite um protagonismo maior do cidadão de modo geral, pois pode exigir, por meio de processos administrativos ou judiciais, aquilo que a Constituição se “compromete” e que, por falta de atuação dos órgãos responsáveis, não foi regulamentado.

CAPÍTULO 6 – DIÁLOGOS COM A TEORIA PROCESSUAL DA CONSTITUIÇÃO

Ao tratar da Teoria Processual da Constituição, inicialmente, destacaremos seus principais elementos, tendo em mente que seu objetivo é entender como se dá a “desmaterialização do direito processual” e, por conseguinte, a necessidade de procedimentos para intermediar as previsões constitucionais e sua efetivação. Isso se dá não só de “maneira negativa”, por meio da atuação da jurisdição constitucional, mas também de forma “positiva”, quando, por alguma razão, entre elas a constitucionalização simbólica que já discutimos, os necessários procedimentos não são implementados.

Faremos isso identificando cada conceito e a perspectiva de outros autores em um diálogo com a teoria processual da Constituição. Essa opção foi adotada, pois o autor dessa teoria desenvolveu extensa obra, na qual explora cada conceito de modo contextualizado e muito preciso. Portanto, alguém que esteja interessado em estudar especificamente a teoria encontrará melhores subsídios “diretamente na fonte”, que pode ser conhecida em boa parte consultando a bibliografia do presente estudo. Claro que isso não nos isenta de apresentar a perspectiva da teoria processual, mesmo que de maneira preliminar, e é isso o que faremos nos tópicos a seguir, que “separam” os elementos principais da teoria a fim de estudá-los e de promover o diálogo com os demais autores de forma temática. A teoria, contudo, é um trabalho sistemático e, para ser compreendida, deve ser analisada como tal.

6.2 O princípio da proporcionalidade

Aceita a distinção entre regras e princípios (destacada no Capítulo 2 deste trabalho) e que a maior parte das normas constitucionais é composta de princípios muitas vezes conflitantes entre si no plano concreto, parece lógico que deve existir um critério para acomodar todos esses princípios. Se, por um lado, todos os princípios são dotados de normatividade e devem ser efetivados no plano concreto, de outro, como justificar a adoção de um ou outro critério para

essa acomodação, se ele não estiver expressamente previsto na Constituição? No plano teórico, existem alguns critérios já consagrados, porém qual deles deve ser adotado?

Essa problematização é feita por Marcelo Neves ao tratar dos princípios atribuídos diretamente ao texto da Constituição e dos princípios indiretamente atribuídos ao texto da Constituição. O mesmo autor indica que a atribuição de princípios ao texto constitucional não pode ser algo arbitrário, pois haveria o risco de um “positivismo constitucional judicial”, razão pela qual indica que os princípios atribuídos “devem ser, no mínimo, compatíveis com a conexão de disposições constitucionais”. A preocupação de Marcelo Neves é a coerência do sistema jurídico, pois a introdução de tais princípios poderia levar a uma supervalorização do órgão responsável pela concretização, ou seja, “positivismo constitucional judicial”.²²²

A questão parece ganhar novos contornos quando se busca não só um princípio indiretamente atribuído à Constituição, mas quando o princípio “maior” ou “princípio dos princípios”²²³ é atribuído indiretamente à Constituição.

Marcelo Neves conclui que a proporcionalidade é condição de possibilidade de um ordenamento jurídico que inclua princípios e regras, especialmente de direitos fundamentais, ou seja, “em última instância, ela se apresenta como condição de possibilidade do funcionamento da Constituição e do Estado constitucional”.²²⁴

Paulo Bonavides, por sua vez, dedica um capítulo de seu *Curso de direito constitucional* para se debruçar sobre o tema da proporcionalidade. Inicia o referido capítulo com a pergunta: “Que é proporcionalidade e que importância ela tem no Direito constitucional contemporâneo em face de seus mais recentes progressos doutrinários?”.²²⁵

Vale mencionar que no âmbito legislativo, atualmente, no Brasil, o princípio da proporcionalidade está expressamente previsto na Lei 9.784/1999,

²²² NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico* cit., p. 93-94.

²²³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição* cit., p. 158-159.

²²⁴ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico* cit., p. 93-94.

²²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 401.

em seu art. 2.º, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, *in verbis*:

Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, *proporcionalidade*, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência²²⁶ (grifos nossos).

Além disso, mais recentemente, o Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015) também consagrou em seu texto o princípio da proporcionalidade no capítulo que trata das “Normas Fundamentais do Processo Civil”. Vejamos:

Art. 8.º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a *proporcionalidade*, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência²²⁷ (grifos nossos).

Na jurisprudência dos tribunais pátrios, especialmente do Supremo Tribunal Federal, o termo “proporcionalidade” é muito comum e normalmente vem associado à “razoabilidade”, mas, como vimos nos textos legislativos citados, trata-se de conceitos distintos. De início, é importante registrar que há muita confusão no uso dos termos quando se referem tanto à proporcionalidade como à razoabilidade, bem como a outros termos que remetem a uma ideia de “sopesamento” (que também é comumente confundido).

Vamos procurar responder à pergunta de Paulo Bonavides, recorrendo à doutrina nacional e, eventualmente, a autores estrangeiros. Willis Santiago Guerra Filho foi pioneiro em introduzir o princípio da proporcionalidade no Brasil ao final da década de 1980. Seguiremos com ele nas próximas linhas, tendo por base seus *Ensaio de teoria constitucional*, sem desconsiderar outros momentos de sua vasta obra, pois nos *Ensaio* estão condensados os principais elementos jurídicos, bem como um importante levantamento histórico do princípio.

²²⁶ BRASIL. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 3 nov. 2019.

²²⁷ BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 nov. 2019.

A princípio, duas vias de investigação são identificadas pelo autor, a primeira delas uma investigação histórica a partir de uma *ideia ou pensamento proporcional*, tendo em vista a relação de influência mútua entre Estado e esfera privada. Outra forma possível apontada pelo autor é o estudo das *instituições* em que o princípio se materializou ao longo da história. O autor optou por investigar as duas possibilidades. No que se refere à *ideia* de proporcionalidade, ele identifica sua origem na Grécia antiga, tendo sido encontrada essa perspectiva já em Ulpiano no campo jurídico, como também lá são identificadas ideias relativas à proporcionalidade no campo da moral nas “noções de *métron*, o padrão do justo, belo e bom e de *hydris*, a extravagância dessa medida, fonte de sofrimento”.²²⁸ Em Aristóteles essa noção estaria presente já na ideia de “justiça distributiva”. Em Roma, a noção estaria presente nas regras aplicadas pelo pretor e na lei de Talião, e ela se mostra na proporcionalidade da pena com relação à agressão sofrida.²²⁹⁻²³⁰

No campo institucional, a ideia da proporcionalidade estaria presente na afirmação “O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito”, que integra a Magna Carta de 1215. Outros documentos importantíssimos que contêm essa noção apontados pelo autor são: a Bill of Rights de 1689, a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 e a Declaração do Homem e do Cidadão francesa de 1789. A fundamentação do atual “direito administrativo” também teria sido encontrada nessa ideia de proporcionalidade por Suarez, ao defender a limitação da atuação estatal ao limitar a liberdade individual somente até na medida em que ela for necessária para garantir a liberdade de todos.²³¹ O autor assinala ainda a importância de Walter Jellinek, pois foi ele quem pela primeira vez relacionou a *proporcionalidade com a discricionariedade*.²³²

²²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional* cit., p. 66-67.

²²⁹ Idem, p. 66-67.

²³⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição* cit., p. 83-84.

²³¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional* cit., p. 68-69.

²³² Idem, p. 70.

Paulo Bonavides, citando Felix Ermacora, já pensando na forma que atualmente se apresenta o princípio em análise, celebra com entusiasmo sua instituição:

Com esse princípio nasce também um novo Estado de Direito cuja solidez constitucional resulta, sem dúvida, da necessidade de instaurar em toda ordem social os chamados direitos da segunda e terceira gerações, a saber, os direitos sociais, econômicos e culturais, a par dos direitos da comunidade, quais, por exemplo, a autonomia, a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento e a fraternidade.²³³

O princípio da proporcionalidade passa a ter relevância no direito constitucional, segundo Willis Santiago Guerra Filho, a partir da atuação e posicionamento assumido pelo Tribunal Constitucional, na Alemanha Ocidental. O Tribunal Constitucional passou a utilizar inicialmente expressões em suas decisões que se referiam a uma ideia de proporcionalidade, e o autor exemplifica: “excessivo”, “inadequado”, “necessariamente exigível” e, por fim, estabelece “de forma incisiva o que o referido princípio e a correlata ‘proibição de excesso’ ‘enquanto regra condutora abrangente de toda a atividade estatal decorrente do princípio do Estado de Direito (possui) estrutura constitucional’”.²³⁴

Nessa esteira, Paulo Bonavides afirma que é pela vinculação que há entre os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade que este último ganha importância e prestígio como outros princípios constitucionais, entre os quais o princípio da igualdade.²³⁵

Karl Larenz explica que o Tribunal Constitucional alemão extraiu o princípio da proporcionalidade do princípio do Estado de Direito, e seria ele uma espécie de subprincípio evidentemente contido no princípio maior do “Estado de Direito” e que seria uma forma de adequar “meio e fim”, ou seja, encontrar a “justa medida” quando colidirem princípios de maneira tal que seja realizada a “menor restrição possível”. Seria uma forma de “equilíbrio” dos interesses contrapostos.²³⁶

²³³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 403.

²³⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional* cit., p. 71-72.

²³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 404.

²³⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 602-603.

Willis Santiago Guerra Filho discorda de referida posição, pois o princípio da proporcionalidade pode ser qualificado de “norma fundamental”,²³⁷⁻
²³⁸ nos termos de Hans Kelsen, e em razão disso assevera:

Não se mostra necessário, nem mesmo correto, procurar derivar o princípio da proporcionalidade de um outro qualquer, como o Estado de Direito e aquele deste derivado, o da legalidade, ou de algum (n/as) dos direitos e garantias fundamentais, para lhe atribuir caráter constitucional.²³⁹

Retornemos à pergunta de Paulo Bonavides com a qual iniciamos este tópico: O que é proporcionalidade? Em face do exposto até aqui, acreditamos que já temos uma noção básica do que se trata esse princípio, porém ainda precisamos conceituá-lo de forma satisfatória.

6.2.1 Por uma definição de proporcionalidade

Robert Alexy destaca a “máxima da proporcionalidade” e sua relação com os princípios. A máxima da proporcionalidade ou apenas “proporcionalidade” é o conjunto de três máximas parciais, a saber: *adequação* (relação meio/fim),²⁴⁰ *necessidade*, ou seja, o meio menos gravoso, e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento).²⁴¹

Acerca dessa estrutura tripartite da proporcionalidade, os autores, de modo geral, concordam. Há, porém, peculiaridades que precisam ser esclarecidas, especialmente no que se refere à proporcionalidade em sentido estrito, o que faremos a contento. No momento, vejamos cada uma das “máximas parciais” na ordem em que se apresentam.

A *adequação* é satisfeita quando “com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado”.²⁴² Em linguagem menos usual, Paulo Bonavides nomeia como “pertinência ou aptidão” a característica aqui analisada e salienta que esse

²³⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaios de teoria constitucional* cit., p. 88.

²³⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais* cit., p. 119.

²³⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais* cit., p. 119.

²⁴⁰ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico* cit., p. 204.

²⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 116-117.

²⁴² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaios de teoria constitucional* cit., p. 73.

elemento “confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio, que alguns utilizam com o mesmo significado de princípio geral da proporcionalidade”²⁴³ (razoabilidade).

A *necessidade* ou *exigibilidade* é o segundo elemento evidenciado pela doutrina. Trata-se do “meio mais suave” dentre os possíveis para atingir o fim buscado.²⁴⁴ Nesse quesito, tanto o legislador quanto o administrador público devem optar pelos meios que impactem negativamente o mínimo possível a esfera dos direitos daqueles que sofreram os prejuízos da medida.

Por fim, a *proporcionalidade em sentido estrito* é o elemento que comumente proporciona mais dificuldades de compreensão e aplicação. Paulo Bonavides, citando Pierre Muller, relaciona o princípio da proporcionalidade em sentido estrito com os outros dois elementos da proporcionalidade (sentido amplo), ou seja, adequação e necessidade, da seguinte forma: “obrigação de fazer uso dos meios adequados e uma interdição quanto ao uso dos meios desproporcionados”.²⁴⁵

Robert Alexy entende que a proporcionalidade em sentido estrito é o *mandamento de sopesamento propriamente dito*, ele “decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas”. O *sopesamento*, por sua vez, é o *resultado da lei de colisão*.²⁴⁶ A lei de colisão, na visão do autor, tem o objetivo de “definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”. O pressuposto básico é “um princípio que restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro” e se resolve “por uma relação de precedência”. Na exata medida, em um caso concreto, a dimensão de peso determinará a precedência de um princípio sobre o outro.²⁴⁷

Ocorre que no modelo apresentado não há limites para o sopesamento, “nem mesmo a dignidade da pessoa humana constitui limite a essa ideia”.²⁴⁸ A questão se desloca para a discussão acerca do “núcleo (ou conteúdo) essencial” dos princípios.

²⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 405-406.

²⁴⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição* cit., p. 88.

²⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional* cit., p. 407.

²⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 116-117.

²⁴⁷ Idem, p. 97.

²⁴⁸ Idem, *ibidem*.

O autor não desconsidera a problemática, já discutida no Tribunal Constitucional alemão e prevista no art. 19, § 2.º, da Constituição alemã, ao contrário, dedica um tópico específico de sua obra para analisá-lo. Partindo da tese de que os direitos fundamentais são posições individuais, ele divide em duas as teorias subjetivas acerca do conteúdo essencial, sendo elas a *teoria relativa* e a *teoria absoluta*. Em síntese, a *teoria relativa* defende que “o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento”, ou seja, uma vez que foi utilizada a proporcionalidade em sentido estrito, o conteúdo essencial estaria preservado. Quer dizer que “a garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade”. A *teoria absoluta* advoga que “cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma”. Robert Alexy rejeita essa possibilidade sob o argumento de que existem decisões que “só podem ser interpretadas nos termos de uma teoria relativa”, podendo um princípio ser completamente descartado no caso concreto a depender da “razão fundamentadora”.²⁴⁹

Nesse ponto, Willis Santiago Guerra Filho assume posição diametralmente oposta. Nos termos em que Robert Alexy coloca a questão, podemos dizer que ele adota uma teoria absoluta, *no que concerne ao núcleo essencial* dos princípios (não se trata de princípios absolutos), pois entende a proporcionalidade em sentido estrito como “uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado”, desde que não se fira o “conteúdo essencial” de direito fundamental, “com o desrespeito intolerável da dignidade humana”.²⁵⁰

Foi possível perceber até agora o papel relevantíssimo que a proporcionalidade assume ao viabilizar condições para evitar “excessos” nas investidas da administração pública e de todos os Poderes sobre os direitos fundamentais, a ponto de José Joaquim Gomes Canotilho declarar: “O campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição de direitos, liberdades e garantias por actos dos poderes públicos”.²⁵¹ Ele trabalha usando como sinônimos os termos “proibição de excesso” e

²⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 291-301.

²⁵⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais* cit., p. 100.

²⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 272.

“proporcionalidade” (em sentido amplo) para designar o mesmo princípio, que nessa leitura pode ser entendido como “o sentido negativo” do princípio da proporcionalidade, como meio disponível para negar acesso às investidas excessivas do Estado na esfera dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

Entretanto, existe outra faceta do princípio que exploraremos no subitem a seguir.

6.2.1.1 Proporcionalidade em sentido positivo – “Proibição por defeito”

O jurista português ressalta que sempre que sobre uma autoridade ou entidade houver o “dever de proteção” e essas entidades não adotarem as medidas suficientes para que aquela proteção seja implementada, haverá violação do princípio da proporcionalidade em sentido positivo. Nas palavras do autor:

O estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais.²⁵²

Na doutrina brasileira, Ingo Wolfgang Sarlet, tratando do direito penal e processual penal, após analisar detidamente os aspectos sociais e as peculiaridades relativas ao princípio da proporcionalidade nas teorias nacional e estrangeira, passa a examinar o ponto que aqui nos interessa, a saber, o lado “positivo” da proporcionalidade. Ele prefere o termo “proibição de insuficiência” em detrimento de “proibição por defeito”, usado por Canotilho, como o termo “proibição por omissão” empregado por Gilmar Ferreira Mendes. A crítica, segundo ele, é pertinente, pois, no caso da expressão “proibição por omissão”, nem sempre se trata de estrita omissão, havendo regulamentação, porém sem que esta produza a proteção determinada no texto constitucional. Quanto ao

²⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição* cit., p. 273.

termo “proibição por defeito”, ele salienta que não é precisa, pois o “defeito” poderia ser decorrente de outros fatores, não necessariamente a omissão do poder estatal em regulamentar matéria específica, por exemplo.²⁵³

Parece-nos que é a esse aspecto “positivo” que Willis Santiago Guerra Filho atribui a natureza de “garantia fundamental” ao princípio da proporcionalidade. Para tanto, ele identifica duas dimensões dos direitos fundamentais, a “dimensão objetiva”, entendida como a expressão de “valores almejados por toda a comunidade política” de forma genérica, e a “dimensão subjetiva” ou individual, segundo a qual é possível identificar um titular de determinado direito (sujeito de direitos). Essa distinção, segundo o autor, é necessária, uma vez que caberá ao Estado promover a “harmonização” das três ordens distintas de direitos fundamentais, que em certa medida correspondem às dimensões dos direitos fundamentais referenciadas *supra*.²⁵⁴

O aspecto garantístico e positivo da proporcionalidade, quando associado a meios efetivos de garantia de participação de todos os interessados, individual ou coletivamente, no processo de tomada de decisão (legislativa, administrativa e judicial) é crucial para a efetivação da Constituição, que, inclusive, previu tais meios de defesa, como veremos adiante.

6.2.2 Crítica “à brasileira” ao princípio da proporcionalidade e ao paradigma valorativo

Lenio Luiz Streck, com o objetivo expresso de combater a discricionariedade judicial, denuncia o que ele chama de “recepções equivocadas no direito brasileiro”. Segundo ele, essa recepção ocorre de modo acrítico (incentivado pela doutrina), quando colocada perante uma nova Constituição que positivou uma série de direitos fundamentais, inclusive sociais,

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade. *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, Madrid, n. 10, p. 335, 2006. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2151599>. Acesso em: 8 nov. 2019.

²⁵⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição* cit., p. 93-94.

e a doutrina não dominava o arcabouço teórico capaz de lidar com esses direitos, uma vez que nossa tradição é de origem “liberal-individualista”.²⁵⁵

A primeira crítica refere-se à recepção das teses da “Jurisprudência dos Valores”. Vejamos:

No caso específico do Brasil, onde, historicamente até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de “emplacar”, a grande luta tem sido a de estabelecer as condições de fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional.

Da Jurisprudência dos Valores os teóricos brasileiros tomaram emprestada a tese fundante – a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores.²⁵⁶

Inicialmente se apresenta nossa divergência. Primeiro, é preciso destacar que o autor não cita a quais teóricos ele está se referindo (dá apenas um exemplo em seguida), o que nos faz crer que sua crítica se dirige a toda a teoria jurídica que se fundamenta em uma “ordem valorativa”.

Além disso, ele não deixa clara a diferença entre o plano teórico e o plano prático de aplicação de uma determinada teoria e diz que a recepção “equivocada” ocorreu “no direito brasileiro” (Teoria e jurisprudência? Apenas teoria? Apenas jurisprudência?). E argumenta que até “a legalidade burguesa tem sido difícil de ‘emplacar’”.

Atribuímos a falta de decisões racionais à ausência de suporte institucional para fiscalização e controle dessas decisões, e não a uma suposta recepção acrítica de teorias estrangeiras.

Outra divergência conceitual que aparece imediatamente ao analisarmos a passagem é justamente acerca do “papel dos intérpretes de encontrar e revelar esses interesses ou valores”. Nada mais incorreto do que afirmar isso no estágio atual de nosso constitucionalismo. A opção por determinados valores é feita pelo Poder Constituinte e esses valores estão positivados na nossa Constituição na forma de princípios que (sendo texto) necessitam de interpretação voltada a aplicação efetiva e não para a “descoberta de novos valores”, como vimos no item 1.2 desse trabalho.

A segunda crítica se refere

²⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 78-79.

²⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 79-80.

[...] à teoria alexyana da colisão de princípios, sem se atentar minimamente para os pressupostos lógicos que sustentam a teoria do autor. Ora, os princípios, são, para Alexy, mandados de otimização e possuem, por isso, uma estrutura alargada de dever-ser. Essa estrutura, que é dada *prima facie*, tensiona os princípios, fazendo-os colidir. A valoração é o momento subsequente – ou seja, posterior à colisão que incorpora o procedimento da ponderação.²⁵⁷

Nesse aspecto, o autor faz uma crítica (pertinente) à abordagem de alguns autores que confundem “balanceamento” com ponderação ou proporcionalidade, e renova sua crítica ao uso indiscriminado e com poucos critérios pelos nossos tribunais.

Apesar da crítica acertada que ele faz ao assinalar que balanceamento (*balancing*) e ponderação são coisas distintas e que o resultado da ponderação não envolve “escolha direta” entre um princípio e outro, ele incorre, ao que nos parece, em outros erros conceituais.

Na teoria de Alexy, a ponderação é o último critério da “lei de colisão”, e não um procedimento em si. A “lei da colisão” inclui três critérios, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação). Além disso, é de destacar a seguinte passagem: “[...] os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um princípio”.

Aqui a confusão conceitual é patente. A ponderação, sopesamento ou proporcionalidade em sentido estrito (são sinônimos) é um dos elementos do princípio da proporcionalidade (sentido amplo). Portanto, não há essa possibilidade de “transformar a regra da ponderação em princípio”, pois ela já é parte de um princípio. O produto da ponderação é que será uma regra para o caso concreto (específico).

Realçaremos apenas outras duas passagens da crítica realizada por Lenio Luiz Streck para comentarmos de uma só vez:

Neste sentido, não é difícil perceber o modo pelo qual a ponderação a razoabilidade, e a proporcionalidade foram sendo transformadas em enunciados performativos. Como se sabe, uma expressão performativa não se refere a algo existente a uma ideia qualquer; a simples enunciação já faz “emergir” a sua significação. Já “não pode ser contestado”; não pode sofrer críticas; consta como “algo dado desde sempre”; sua mera evocação já é um “em si mesmo”.
[...]

²⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* cit., p. 80.

Desse modo, expressões como “ponderação de valores”, “mandados de otimização”, “proporcionalidade”, “razoabilidade”, decido conforme minha consciência no momento em que são utilizadas ou pronunciadas, têm um forte poder de violência simbólica (Bordieu) que produz o “sentido próprio” e o “próprio sentido”.²⁵⁸

Outra passagem que aparece logo em seguida trata do *pamprincipiologismo*; vejamos:

De consignar, por fim, que esse uso da ponderação, como verdadeiro princípio, decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, que venho denominando *pamprincipiologismo*. Em linhas gerais, o *pamprincipiologismo* é um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse *pamprincipiologismo* faz com que, ***a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados casos concretos***, muitas vezes, ao alvedrio da própria legalidade constitucional (Itálico no original, negrito nosso).²⁵⁹

Considerando as duas últimas passagens destacadas é preciso, antes de tudo, lembrar aquilo foi dito no Capítulo 1 desta monografia, ou seja, o ato interpretativo produz sentido ao texto, fazendo uso de violência simbólica baseada em uma relação de confiança entre o emissor e o receptor do discurso. Portanto, dizer que algumas expressões são “enunciados performáticos” não significa muito, uma vez que qualquer interpretação poderá produzir esses enunciados. Isso, inclusive, é o que o próprio autor afirma na mesma obra, poucas páginas antes: “Ora, toda interpretação é um ato produtivo; sabemos que o intérprete atribui sentido a um texto e não reproduz sentidos nele já existentes”.²⁶⁰

Portanto, não se trata de uma crítica a uma “recepção equivocada” de teorias estrangeiras, e, sim, de uma crítica a toda a atividade hermenêutica, razão pela qual a adoção de procedimentos que racionalizem os processos de interpretação devem ser adotados a fim de minimizar o potencial de “interpretações” performáticas, como mencionamos também no Capítulo 1 deste trabalho.

²⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 82.

²⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 82.

²⁶⁰ Idem, p. 71.

A crítica ao *pamprincipiologismo* é fundamentada em decisões judiciais e pesquisa no Google. Como aludimos, o “uso performático” de conceitos vinculados a uma teoria normativa que admite valores em seu ordenamento, que são positivados na forma de princípios, não invalida qualquer de suas disposições. Ao contrário, reforça a necessidade de sua real implementação, tendo, inclusive, o suporte institucional (Corte Constitucional) para sua efetiva implementação e aplicação. Presentes as condições institucionais, espera-se boa aplicação da teoria, a exemplo da Alemanha federal que aplicou de forma bem-sucedida a teoria orientada por valores que estamos estudando.

Quanto às críticas relativas ao “excesso de subjetividade” e à “aposta no protagonismo dos juízes”, elas não são novas e não se aplicam à teoria inclusiva aqui estudada. Vejamos nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho:

Note-se, portanto, que críticas como as acima mencionadas [dissolução do rigor conceitual e desrespeito ao princípio da divisão dos poderes estatais e supremacia intolerável da judicatura em detrimento do legislador²⁶¹], movidas por Forsthoff e outros, são claramente rebatidas, pois não se desconhece a necessidade de resolver problemas jurídicos com normas, ou muito menos a existência delas, mas tão somente a sua (eventual) insuficiência é reconhecida, juntamente com a exigência de se lançar mão de princípios dotados de validade juspositiva.²⁶²

A única crítica que entendemos apropriada (no plano teórico) é aquela feita contra a tentativa de estabelecer uma “ponderação de regras” desenvolvida por Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, que foi posteriormente adotada por Humberto Ávila.²⁶³ A nosso ver, a crítica está correta, pois, como estudamos no Capítulo 3, não se pode realizar a ponderação de regras, em virtude de sua própria estrutura lógica.

Apenas para efeito de registro, a mesma crítica é reproduzida por George Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira em sua *Introdução à teoria e à filosofia do direito*.²⁶⁴

²⁶¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini (colaborador). *Teoria da ciência jurídica* cit., p. 142.

²⁶² Idem, p. 147.

²⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso* cit., p. 81. Nota de rodapé n. 62

²⁶⁴ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015. p. 407-408.

6.3 Corte Constitucional

A determinação de um órgão ou instituição para o controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos, ou melhor, para a garantia da supremacia da Constituição, foi objeto de discussões com propostas diversas. Historicamente, foram apresentadas cinco alternativas para essa função: a guarda seria feita pelo legislador, pelo Poder Executivo, pela Corte Constitucional e por “todos”.²⁶⁵ Sem dúvida, a participação de todos na guarda da Constituição por meio do engajamento político é fundamental.

Não se nega, contudo, que um órgão sistematizador da interpretação constitucional exerce papel fundamental nessa atribuição. A melhor solução encontrada até o momento foi a Corte Constitucional.

A Corte Constitucional, originalmente idealizada por Hans Kelsen, é entendida como a instituição que integra o conjunto de técnicas visando a “correta aplicação da Constituição”. Assim, José Alfredo de Oliveira Baracho informa que entre essas técnicas estão diversas garantias, que podem ser preventivas ou repressivas, pessoais ou objetivas. As preventivas visam impedir a realização de atos irregulares, as objetivas pretendem repreender atos irregulares, com sua conseqüente nulidade ou anulabilidade.²⁶⁶

Atualmente, é comum pensar em controle difuso e controle concentrado de constitucionalidade.

A primeira modalidade desenvolveu-se nos Estados Unidos da América a partir do caso *Marbury v. Madison*, que é justamente o controle difuso, também conhecido como *judicial review*.²⁶⁷ Outro modelo, conhecido como europeu, é o que surgiu com a primeira Corte Constitucional – a da Áustria –, implantada pela Constituição daquele país em 1920.

No caso da Áustria, o surgimento do controle de constitucionalidade se deu de forma mais clara, uma vez que a própria Constituição de 1920 instituiu

²⁶⁵ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais cit.*, p. 23-28.

²⁶⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional: aspectos contemporâneos cit.*, p. 23-24.

²⁶⁷ Idem, p. 24-25.

essa possibilidade. A Corte Constitucional passou a ter a atribuição de realizar a anulação de ato inconstitucional, como dissemos, por meio do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, com efeito *erga omnes* e efeito vinculante para os demais Poderes.²⁶⁸

Nos Estados Unidos, conforme explicam Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, a situação ocorreu de modo diverso, uma vez que a Constituição americana não prevê essa possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos federais, mesmo tendo expressamente previsto a criação da Suprema Corte (art. III, 1). Entretanto, quando a Corte foi chamada a se pronunciar no caso mencionado, *Marbury vs. Madison*, em que o primeiro exigia a entrega de seu diploma de investidura com juiz de paz no condado de Washington e o segundo, por orientação do governo recém-eleito de Thomas Jefferson, recusava-se a entregá-lo, a situação política era bastante complicada e, por essa razão, o juiz presidente da Suprema Corte, John Marshall, fez um cálculo político que resultou no indeferimento do pedido de *Marbury*, mas afirmou e consolidou o poder de realizar o controle de constitucionalidade dos atos federais e leis federais. Os autores destacam ainda o caráter também político em *todas* as decisões da Corte Constitucional.²⁶⁹

Entre os dois modelos supra-apresentados, conforme explica Georges Abboud, foi constatado um antagonismo de fundo, ou seja, nos Estados Unidos da América haveria desconfiança com relação ao parlamento e, por isso, maior interesse em conceder poderes mais amplos ao Judiciário, razão pela qual o modelo adotado foi justamente o de controle abstrato, que permitia a todo e qualquer juiz controlar a constitucionalidade das leis no caso concreto. Por seu turno, o modelo kelseniano procurava restringir os poderes dos juízes, pois eram considerados aristocratas, motivo pelo qual preferia manter o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis em apenas um órgão, que é justamente a Corte Constitucional.

Nesse contexto, esses dois modelos clássicos abriram caminho, após a “mundialização da justiça constitucional”, para sistemas que adotam características de ambos. É importante anotar, inclusive, que as características

²⁶⁸ Idem, *ibidem*.

²⁶⁹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais cit.*, p. 34-46.

comuns a ambos os sistemas são “o da racionalização do poder e consolidação do texto constitucional democrático”.

O autor também percebe a mudança de eixo que ocorre no final do século XX, ou seja, os Tribunais Constitucionais passam a não só agir como “legisladores negativos”, com a função de anular atos e leis inconstitucionais, mas também a ter papel central para garantir direitos fundamentais de forma prospectiva.²⁷⁰

Esse fenômeno havia sido apontado por Willis Santiago Guerra Filho, como mencionamos no tópico referente ao constitucionalismo contemporâneo, e é nele que se identifica o principal motivo do deslocamento do centro de decisões do Legislativo para as Cortes Constitucionais, uma vez que os procedimentos são fundamentais como instrumentos de participação política. Portanto, é preciso evidenciar a necessidade de que as Cortes Constitucionais sejam mantidas fora da estrutura do Judiciário e integradas por membros com as melhores qualificações, para assim poderem exercer as funções jurídicas e políticas que a função de velar pelo texto da Constituição lhes exige.²⁷¹ Além disso, um órgão que exerce funções político-jurídicas deve preencher requisitos políticos, como: eletividade, periodicidade, responsabilidade no seu exercício, de forma tal que os membros da Suprema Corte sejam eleitos [mesmo que indiretamente pelo parlamento], que seus mandatos tenham duração temporal e que possam ser impedidos de permanecer em suas atividades, se sua conduta não corresponder às exigências do cargo ou “adotar conduta incompatível com a representação popular de que foram investidos”.²⁷²

É nesse ponto que reside, a nosso ver, a principal diferença entre as posições de Georges Abboud e Willis Santiago Guerra Filho. O primeiro vê no Supremo Tribunal Federal uma “Corte Constitucional à brasileira”, ou seja, citando Nelson Nery Jr., ele defende que uma Corte Constitucional deve ser dotada de características políticas, como defendemos anteriormente, e que deve ser um órgão separado do Judiciário. O autor, nesse ponto, segue uma linha de argumentação bastante próxima à de Willis Santiago Guerra Filho, divergindo

²⁷⁰ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 351-377.

²⁷¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição* cit., p. 105-106.

²⁷² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional* cit., prefácio da reedição.

apenas no modo de implantação desses novos atributos do Supremo Tribunal Federal. No entanto, mesmo criticando o fato de o Supremo Tribunal Federal ter uma gama muito grande de poderes, chegando mesmo a citar José Joaquim Gomes Canotilho, que o considera o “Tribunal Supremo mais poderoso do mundo”, e mesmo reconhecendo a falta de legitimidade desse órgão, George Abboud vê nele uma Corte Constitucional.²⁷³

Analisemos essa questão um pouco mais de perto. Depois de constatar que a função da Corte Constitucional é uma das principais conquistas do século XX, especialmente em sua versão no período “pós-bélico” em que a Corte Constitucional passa a exercer o controle de constitucionalidade no aspecto material, e não apenas formal das leis, deixando de ser considerada como “legislador negativo” e passando a ter uma função “prospectiva” não só nas questões de controle do poder político, mas, principalmente, na efetivação dos direitos fundamentais sociais, que passa a ser sua “função central”. Ele salienta a força normativa da Constituição e a pretensão de Hans Kelsen ao tentar conferir objetividade e racionalidade já buscadas na época de Weimar, que evitaria o “governo dos juízes”.

Georges Abboud ainda defende a função contramajoritária da Corte Constitucional na proteção dos direitos fundamentais e na proteção das minorias e defende com base no constitucionalista Peter Häberle a abertura da Corte Constitucional a fim de proporcionar o maior número possível de participação dos interessados na formação da decisão, além de realçar, com base no mesmo autor alemão, os sete requisitos necessários para a concretização de uma jurisdição constitucional autônoma.²⁷⁴

O segundo requisito apresentado trata da legitimidade democrática do Tribunal Constitucional. Nesse ponto, o próprio Georges Abboud, novamente com base em Nelson Nery Jr., afirma que há déficit democrático na composição do Supremo Tribunal Federal no Brasil, em razão de os Ministros que compõem a principal Corte nacional serem nomeados para seus cargos pelo Presidente da República após sabatina no Senado Federal (art. 101, parágrafo único, da CF).²⁷⁵

²⁷³ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 397-399.

²⁷⁴ *Idem*, p. 351-377.

²⁷⁵ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 374.

A opinião de Nelson Nery Jr. é esclarecedora ao apontar as “incorreções” da atividade do STF. Vejamos nas palavras do próprio autor:

A incorreção de parte da atividade do STF como Corte Constitucional está na nomeação vitalícia dos ministros (deveria haver mandato por prazo determinado) e no fato de que os Poderes Judiciário e Legislativo não participam eficazmente da escolha de seus membros, como seria correto (o Senado apenas aprova ou rejeita o nome proposto pelo Presidente da República). O Executivo, portanto, é o único dos Três Poderes que pode indicar e nomear juiz integrante do tribunal constitucional brasileiro!

Destinado a exercer o controle da aplicação da interpretação da Constituição Federal no país, inclusive em abstrato (v.g., ADIn), esse tribunal deveria ser formado por juízes indicados pelos Três Poderes, na proporção de um terço, e com mandato por tempo determinado.²⁷⁶

Outras “incorreções” que o autor destaca é o fato de o Supremo Tribunal Federal ser um órgão do Poder Judiciário, enquanto o correto é que uma “Corte Constitucional” esteja “ao lado dos demais Poderes”. Apesar de tudo isso, o autor afirma categoricamente que “temos realmente uma Corte Constitucional federal, consubstanciada no STF”, e a essa conclusão ele chega em razão da competência atribuída pelo constituinte ao Supremo Tribunal Federal.²⁷⁷

Contraditória, porém, é a posição de Nelson Nery Jr. O posicionamento que acabamos de sublinhar é mantido até a versão mais recente de sua obra, em que continua afirmando que “temos realmente uma Corte Constitucional Federal”, mas, em razão das “irregularidades” que ele apontava, chega à conclusão de que o Supremo Tribunal Federal, “dada a inexistência de corte constitucional no Brasil, formada por juízes oriundos dos três poderes”, “não pode se declarar em tese e em abstrato a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo resultante de atividades típicas dos Poderes Legislativo e Executivo”. Por esse motivo, defende que o único controle regular de constitucionalidade que pode ser feito pelo Supremo Tribunal Federal é o controle concreto de constitucionalidade, em virtude de sua condição de órgão do Poder Judiciário, quando o correto é que esse controle fosse exercido por uma Corte Constitucional (distinta do Poder Judiciário e composta por juízes oriundos dos três poderes).²⁷⁸

²⁷⁶ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal* cit., p. 60.

²⁷⁷ Idem, p. 60-61.

²⁷⁸ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal* cit., p. 60-65.

Que Corte Constitucional não pode invalidar *in abstracto* uma lei inconstitucional? É preciso pensar, portanto, se realmente temos uma Corte Constitucional ou investigar o que é, realmente, o Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, se com a expressão “Corte Constitucional federal” ele queria se referir a algo diverso de uma típica Corte Constitucional (não acreditamos que seja esse o caso), sua intenção não ficou explicitada devidamente.

Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, por sua vez, dedicam um capítulo de sua obra à análise do problema da legitimidade da justiça constitucional. Enfatizam que o principal problema das decisões das Cortes Constitucionais é a “alta carga de politicidade” da Constituição, razão pela qual, até o fim da Segunda Guerra Mundial, o controle de constitucionalidade era realizado pelo Legislativo em grande parte dos países da Europa, mas, em virtude da crise de credibilidade do Legislativo, bem como da maior facilidade dos cidadãos ao Judiciário, esse panorama foi alterado aos poucos e chegam a afirmar que “o Poder Judiciário é atualmente o mais acessível às demandas populares, individuais ou coletivas”.

Os autores também apresentam a posição de Thayer, que critica a prática do controle judicial de constitucionalidade e recomenda “adotar a postura conhecida como minimalismo judicial (*judicial minimalism*) ou autocontenção (*self-restraint*)”. Partindo dessa crítica, eles expõem os argumentos contrários e favoráveis ao controle judicial de constitucionalidade.

Entre os argumentos contrários está a negativa de que fiscalizar a aplicação da Constituição pelos tribunais seria uma consequência implícita, pois fixar o sentido do texto constitucional não é algo que se pode inferir das Constituições de modo geral. Apontam para a falta de correlação lógica, chegando mesmo a defender que mesmo leis inconstitucionais pudessem entrar em vigor, bem como argumentam que tanto juízes como legisladores podem descumprir as Constituições. Outro ponto combatido é justamente a adoção dos princípios, que consideram um meio de aumentar o poder dos juízes. Por fim, a Corte Suprema, segundo as críticas elencadas, usurparia o poder constituinte reformador, pois seria a reforma constitucional o meio mais adequado e eficiente de afastar um dispositivo inconstitucional.

Os argumentos favoráveis ao controle judicial são ao menos cinco. O primeiro deles sustenta que o ato de invalidar uma lei ou ato normativo inconstitucional seria um dever de ofício, pois não poderia o juiz convalidar um ato inconstitucional. Outro argumento, já mencionado por Georges Abboud, é justamente o de defesa das minorias e dos direitos fundamentais, especialmente sua função contramajoritária, uma vez que o Legislativo estaria comprometido com os interesses da maioria. O terceiro argumento decorre da separação dos poderes, porém, em vez da acusação de violar tal separação, seria o controle judicial de constitucionalidade uma forma de aplicar o controle mútuo entre os poderes, ou seja, efetivar o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). O penúltimo argumento apresentado, válido para o contexto norte-americano, defende que o controle judicial de constitucionalidade está consolidado naquela Nação. Portanto, questionar esse fato invariavelmente afetaria a Democracia. Por fim, o argumento de Jellinek, que questiona “quem fiscaliza os próprios fiscais?”, é reputado pelos autores como o mais fraco, uma vez que a própria separação dos poderes institui controles recíprocos.

Haveria, ainda, os argumentos conciliadores que defendem a “equivalência institucional dos fiscais da Constituição”, que advoga “a pluralidade dos fiscais da Constituição em situação de separação de poderes que recomenda a existência de múltiplos e recíprocos controles”, sem desconsiderar que, na prática, a Corte Constitucional costuma dar a última palavra, porém sem vincular o Poder Legislativo, que poderia propor leis com conteúdo igual ou mesmo reformas constitucionais de maneira contrária à decisão da Corte Constitucional. Outro fator seria a autolimitação do Judiciário como forma de evitar conflitos com os demais poderes. Dessarte, apenas se houvesse inconstitucionalidade patente, o Judiciário se pronunciaria pela declaração de inconstitucionalidade. Essa tese seria uma alternativa ao “ativismo judicial” tão combatido. No entanto, os autores encontram ao menos dois problemas que a inviabilizam: o primeiro é a falta de embasamento jurídico e o segundo decorre justamente da falta de embasamento para definir quando há critério claro ou não de uma eventual violação. Por conseguinte, os autores concluem que o julgador deve declarar a inconstitucionalidade apenas quando puder apresentar

fundamentos plenos da inconstitucionalidade ou então, se não for possível, deve aceitar a decisão do Legislativo.²⁷⁹

No trabalho de Willis Santiago Guerra Filho, a questão da legitimidade das Cortes Constitucionais e das consequências políticas de suas decisões é central. Por essa razão o autor defende em diversos momentos de sua obra a tese de que o Supremo Tribunal Federal *não é uma corte constitucional*.

6.3.1 O Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional?

A história do Supremo Tribunal Federal é festejada por José Alfredo de Oliveira Baracho. Segundo ele, o Supremo Tribunal Federal exerceu papel de destaque em diversos momentos históricos do Brasil. A Constituição de 1824 foi a responsável por criar o Supremo Tribunal de Justiça, que em 1890 veio a se tornar o Supremo Tribunal Federal, nos moldes atuais. O ponto que nos parece fundamental destacar é a visão do autor sobre o Supremo Tribunal Federal ser o ou não uma Corte Constitucional.

José Alfredo de Oliveira Baracho, trabalhando com o texto da Constituição Federal brasileira de 1946, constata:

O Constituinte de 1946, atento às tarefas do Tribunal da Federação, confiou ao Supremo Tribunal Federal a defesa dos princípios constitucionais enumerados, e, no exercício dessa competência, aquele órgão do Poder judiciário brasileiro acabou exercendo, com energia singular, o controle da Constitucionalidade da Constituição do Estado-membro, abrindo novo capítulo na técnica da Supremacia constitucional.²⁸⁰

Dessa análise o autor conclui:

Para o constitucionalismo citado, esta orientação contribui para o Supremo Tribunal Federal ganhasse nova dimensão como Tribunal Constitucional, adquirindo projeções que Hans Kelsen via como necessárias ao Estado Federal e ao Tribunal da Federação.²⁸¹

²⁷⁹ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais cit.*, p. 351-372.

²⁸⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional: aspectos contemporâneos cit.*, p. 787.

²⁸¹ Idem, *ibidem*.

Apesar dessa posição, o autor, poucas linhas depois, adotando a Corte Constitucional da Itália como modelo de jurisdição constitucional, cita a seguinte passagem a fim de evidenciar as diferenças com o nosso sistema:

A Corte Constitucional pertence a uma *função autônoma* de controle constitucional que *não se identifica com nenhuma das funções dos três poderes*, mas sobre todas as funções dos três poderes a fim de conduzi-los à observância das normas constitucionais.

A Corte não se considera como jurisdição especial, senão como Tribunal Constitucional, porque participa ativamente da vida constitucional, pelo controle *erga omnes* da legitimidade das leis²⁸² (grifos nossos).

Ao avançar na análise, José Alfredo de Oliveira Baracho afirma que é na comparação com a Suprema Corte dos Estados Unidos que se encontram as razões que fundamentam o nosso sistema, porém vamos nos deter nesse ponto, pois, a nosso ver, é fundamental.

A principal diferença que pode ser observada entre a Corte Constitucional italiana e o Supremo Tribunal Federal é justamente sua autonomia em relação aos demais poderes da República. Essa característica permitiria ao Supremo Tribunal Federal trabalhar de forma adequada as questões que lhe são apresentadas, tanto em sede de controle difuso de constitucionalidade como de controle concentrado. Ninguém nega que as decisões de nossa principal Corte são jurídico-políticas, como apresentamos anteriormente.

Portanto, suas decisões precisam ser fundamentadas juridicamente, com base na Constituição (aspecto jurídico), mas necessitam ser dotadas de legitimidade (aspecto político), fator de que o nosso Supremo Tribunal Federal é totalmente carente.

É nesse sentido que Willis Santiago Guerra Filho critica a forma como o nosso tribunal é composto, sem nenhuma legitimidade política, uma vez que seus membros são indicados pelo chefe do Poder Executivo e aprovados pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 101 da CF/1988). Além disso, defende o autor, e acreditamos que esse é o principal ponto, que a Corte Constitucional deva ser um órgão diferenciado da estrutura do Poder Judiciário, e que suas decisões sejam vinculantes, inclusive, para o Legislativo. Vale aqui reproduzir a

²⁸² Idem, p. 788.

nota explicativa na qual o autor esclarece o que ele entende como adequado para o ingresso de ministros na Corte Constitucional:

Nos países onde existem uma tal instituição [Corte Constitucional] os seus membros costumam ser eleitos por maioria qualificada do parlamento o que naturalmente faz a escolha recair sobre pessoas capazes de angariar um certo consenso em torno de si, donde frequentemente serem escolhidos acadêmicos prestigiosos. Na Áustria, isto é, no país pioneiro na criação de uma Corte Constitucional na Europa, com base em proposta de Hans Kelsen, inclusive, a Constituição (art. 147, II) determina expressamente que uma parte dos juízes seja escolhida entre professores de direito e ciência política. A importância da norma do Regimento Interno do Tribunal Federal Constitucional alemão (art. 53, IV) que permite o exercício do cargo de juiz constitucional por professores universitários – os quais, na Alemanha, são proibidos de exercer qualquer outra atividade – é destacada por P. Häberle, *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 48, nota 89.²⁸³

Além de os membros serem eleitos por maioria qualificada do parlamento (Câmara e Senado), e não por indicação do chefe do Executivo, Willis Santiago Guerra Filho revela outros critérios necessários para garantir a legitimidade da Corte Constitucional, bem como sua composição pluralística, critérios que já mencionamos. São eles: “periodicidade e responsabilidade no seu exercício”.²⁸⁴

Assim, estamos em condições de responder à pergunta que nomeia este item: “O Supremo Tribunal Federal é ou não uma Corte Constitucional?”. Concordamos com Willis Santiago Guerra Filho, portanto entendemos que o Supremo Tribunal Federal não é uma Corte Constitucional, justamente por não ter a legitimidade política e a periodicidade no exercício de seus cargos, situação que precisa ser revista.

6.2.1.1 Análise da PEC 275/2013

²⁸³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição* cit., p. 105.

²⁸⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional* cit., prefácio da reedição.

Tanto George Abboud²⁸⁵ como Nelson Nery Jr.²⁸⁶ sugerem que o Supremo Tribunal Federal se torne uma Corte Constitucional (típica) por meio de emenda constitucional.

Entretanto, é interessante registrar que no Brasil foi proposta em 2013, pela Deputada Federal Luiza Erundina de Sousa, uma emenda constitucional com a finalidade de instituir uma Corte Constitucional no Brasil (PEC 275/2013), além de promover uma reforma judicial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

A proposta está em trâmite regular na Câmara dos Deputados, mas convém apresentá-la brevemente e tecer algumas considerações, uma vez que o tema é afeto (para não dizer central) ao objeto do presente trabalho.

O texto original da proposta altera diversos artigos da Constituição Federal de 1988. Se aprovada a PEC, a redação de alguns dos artigos (os que consideramos mais significativos) ficaria assim:

Art. 101. A Corte Constitucional compõe-se de quinze Ministros de notável saber jurídico e reputação ilibada, escolhidos entre cidadãos de mais de quarenta e menos de sessenta anos.

§ 1.º Os Ministros da Corte Constitucional serão nomeados pelo Presidente do Congresso Nacional, após aprovação de seus nomes pela maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a partir de listas tríplexes de candidatos oriundos da magistratura, do Ministério Público e da advocacia, elaboradas respectivamente pelo Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2.º As listas tríplexes dos candidatos provenientes da magistratura e do Ministério Público serão compostas, alternadamente, de magistrados e membros do Ministério Público, federais e estaduais.

§ 3.º Os Ministros da Corte Constitucional elegerão bienalmente o seu Presidente.

Art. 102. Compete à Corte Constitucional, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar:

I – originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, inclusive o pedido de medida cautelar;
- b) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional;
- c) a arguição de descumprimento, por ação ou omissão, de preceito fundamental decorrente da Constituição;
- d) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais;

II – julgar em recurso extraordinário as causas decididas por um tribunal superior, quando a decisão recorrida:

²⁸⁵ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 399.

²⁸⁶ NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal* cit., p. 65.

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1.º Declarada a inconstitucionalidade por omissão para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias, em sessenta dias se se tratar de órgão do Poder Legislativo, e em trinta dias se de órgão administrativo.

§ 2.º Julgada a arguição de descumprimento, por ação ou omissão, de preceito fundamental decorrente desta Constituição, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática ou omissão dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito ou preceitos fundamentais.

§ 3.º O Regimento Interno da Corte Constitucional regulará o processamento dos embargos declaratórios de seus acórdãos, excluído qualquer outro recurso não previsto nesta Constituição.

§ 4.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pela Corte Constitucional, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 5.º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso.²⁸⁷

Verifiquemos se a PEC 275/2013 atende aos requisitos essenciais para que seja composta uma Corte Constitucional, nos termos aos quais nos referimos.

A PEC propõe a alteração do atual art. 101 da CF de modo que os ministros da Corte Constitucional sejam escolhidos entre cidadãos com mais de 40 e menos de 60 anos (*caput*).

Logo, vê-se que o requisito da *periodicidade* não fica bem atendido por esse dispositivo, e não há nenhum outro na PEC que resolva essa demanda. Atualmente, o art. 40, § 1.º, II, combinado com o art. 100, *caput*, ambos da Constituição Federal (já com o texto de acordo com a EC 88/2015), estabelecem que o limite máximo de idade para aposentadoria dos servidores públicos pode chegar a 75 anos. Portanto, o intervalo de mandato possível estaria entre 15 e 35 anos, o que continua a extrapolar o limite do razoável. A título de exemplo, o mandato na Corte Constitucional da Alemanha é de 12 anos, sem direito à reeleição.

²⁸⁷ BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional n.º 275, de 6 de junho de 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=579931>. Acesso em: 5 nov. 2019.

Nesse aspecto, a PEC não promove muitas melhorias (apenas uma redução de dez anos na duração máxima do mandato, se o candidato for eleito com a idade mínima). Não se nega, contudo, que a expressão “notável saber jurídico e reputação ilibada” é muito bem-vinda, faltando apenas definir esses conceitos, a fim de proporcionar critérios mais objetivos (como titulação mínima).

Pensamos que o proposto art. 101, § 1.º, provocaria um verdadeiro “salto qualitativo”, pois conferiria a legitimidade necessária que o Supremo Tribunal Federal não possui, uma vez que os membros seriam eleitos pela maioria absoluta do Congresso Nacional (as duas casas). Entretanto, o requisito da lista tríplice enviada pelos Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil é questionável, pois sujeitaria os candidatos a uma política interna em suas respectivas corporações que dificilmente seria fiscalizável.

Além disso, limita a composição da Corte Constitucional a “juristas”, critério que não nos parece justificável, uma vez que estamos tratando de uma Corte “político-jurídica”. No entanto, sem dúvida, já proporciona uma melhora substancial em relação ao modelo atual adotado.

A redação do art. 102, segundo a PEC em tramitação, estabeleceria como função da Corte Constitucional, em regra, a declaração de inconstitucionalidade de normas e atos normativos federais e estaduais, deixando a cargo do Superior Tribunal de Justiça o julgamento de casos relativos a foro por prerrogativa de função e outras questões judiciais.

Se aprovada a PEC, a futura redação do § 1.º do art. 102, que trata da inconstitucionalidade por omissão, resolve bem a questão de determinar um prazo para as medidas legislativas relativas à omissão inconstitucional. A nosso ver, é um bom critério objetivo, pois dessa maneira é possível aferir se o Poder Legislativo está ou não desrespeitando as decisões da Corte Constitucional. Salientamos que, no caso de Corte Constitucional, não há desrespeito à separação de poderes, pois a Corte é um órgão regulador e superior a todos estes, na visão da maior parte dos teóricos. Entretanto, não fica expresso, a nosso ver, se a Corte Constitucional seria vinculada ou não ao Poder Judiciário, e não há nenhuma menção acerca de as decisões da Corte Constitucional vincularem os outros (ou demais) poderes. Tais questões, acreditamos,

deveriam ser tratadas nas discussões legislativas e incluídas no texto da PEC para evitar divergências conceituais posteriores.

Um último registro interessante é que a proposta, provavelmente, não encontrará resistência no meio jurídico. Primeiro, porque apresenta de modo geral um cenário melhor do que o que está posto atualmente pela Constituição. Segundo, que a criação de 31 cargos efetivos de forma imediata, sendo quatro na Corte Constitucional e 27 no Superior Tribunal de Justiça, servirá de estímulo para juristas com tais pretensões, o que certamente reduziria eventuais críticas e resistências.

6.3.2 O (ab)uso de medidas provisórias e o papel do STF

As medidas provisórias são motivo de preocupação e de discussão no meio político e jurídico nacional há muito tempo. Elas deveriam ser medidas excepcionais e urgentes previstas na Constituição Federal no art. 62, cujo texto original previa:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. (Esse texto foi revogado pela EC 32.)

Para apresentar uma ideia da dimensão que o problema pode tomar, iniciaremos analisando o conteúdo de uma palestra proferida por Friedrich Müller na 17.^a Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil em 1999, posteriormente publicada em português.

No referido evento, o autor identificou no ordenamento nacional as origens das medidas provisórias nos “decretos-leis” previstos na Constituição outorgada por Getúlio Vargas, que implantou o “Estado Novo” em 1937, e que encontraram semelhança com os “atos institucionais” de 1964.

Além disso, fez um paralelo interessantíssimo com os “decretos emergenciais”, previstos no art. 48, § 1.º, da Constituição alemã de Weimar (1919-1933), inicialmente restrito a situações de necessidade relacionadas a questões de “segurança e ordem públicas” e, por isso, poderia restringir direitos fundamentais específicos, elencados em sete artigos. As possibilidades e os pressupostos para uso de tais medidas eram expressamente mencionados na Constituição, mas isso não impediu que logo “o conceito fosse estendido mais e mais” até “substituir o caminho da legislação pelo caminho do decreto”. Friedrich Müller apresenta os números daquele período; enquanto crescia a quantidade de “decretos emergenciais”, diminuía a produção legislativa (e a importância do parlamento), e os exemplos que ele traz são:

[...] em 1930 a Dieta promulgou somente 98 leis, em 1931 somente 34 e em 1934, mal e mal 5 leis. Em oposição a isso, o número dos decretos emergenciais do Presidente aumentou de 5 em 1930, para 44 no decorrer de 1931, chegando a 60 em 1932.

A situação foi se agravando sem a devida restrição pelos demais poderes e, quando o Parlamento tentou reagir, era tarde demais e foi dissolvido. A continuação desse processo resultou no “Decreto do Incêndio da Dieta”, que implantou o estado de emergência e possibilitou a consolidação da ditadura nazista, com todas as consequências que são de conhecimento comum.²⁸⁸

O paralelo com a situação do Brasil é feito pelo próprio Friedrich Müller com dados até 1997, os quais tomamos a liberdade de atualizar e resumir, fazendo um recorte temporal para separar os números antes e depois da Emenda Constitucional 32, da qual trataremos a seguir.

No Brasil, entre 1988 e 1991, foram editadas 301 medidas provisórias, entre 1992 e 1995 foram 1.199, entre 1996 e 1999, foram 1929 e entre 2000 e 2001 foram 2230 medidas provisórias.²⁸⁹

A curva crescente teve seu auge justamente no período em que o “crítico ferrenho” [até assumir o poder] das medidas provisórias, o Sr. Fernando

²⁸⁸ MÜLLER, Friedrich. Medidas provisórias no Brasil e a experiência alemã. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 337-344.

²⁸⁹ BRASIL. Planalto. Medidas provisórias. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias>. Acesso em: 11 nov. 2019.

Henrique Cardoso, governou o Brasil, cujo cinismo já havia sido explicitado pelos números apresentados por Friedrich Müller na palestra que estamos discutindo.

As reedições são “uma forma especial do abuso” no uso das medidas provisórias. Em números totais (medidas provisórias novas e reedições), o governo Fernando Henrique Cardoso implementou 3.612 medidas provisórias, conforme demonstrou o levantamento realizado por Carmen Arias. Nesse estudo, também fica realçada a hipertrofia do Executivo, historicamente presente em nosso sistema político.²⁹⁰ Quanto às reedições, elas não deveriam ser permitidas pela própria natureza da medida, que é “precária, provisória [e], efêmera”, mas, como vimos, tornou-se prática corrente em nosso sistema.

A análise das medidas provisórias em nosso sistema, realizada pelo constitucionalista alemão revela diversas preocupações, dentre as quais destacamos: 1) “A frequência das medidas retira-lhes o seu caráter excepcional”; 2) Elas enfraquecem o parlamento, enquanto forma de representação popular e os partidos políticos, e “Desdemocratiza por via administrativa, atrás dos bastidores”; e, especialmente, 3) Elas, sem necessidade de instaurar um regime de emergência ou de exceção, atuam de forma excepcional diuturnamente, sem ter que enfrentar as eventuais consequências de um regime declaradamente de exceção. O autor chega a explorar sugestões para melhorar a situação de modo geral, mas assinala que muitas delas não poderiam ser implementadas pelo “fracasso institucional circundante (do Congresso Nacional até o Supremo Tribunal Federal)”.²⁹¹

É esse fracasso institucional que estamos denunciando. Entretanto, uma das sugestões apresentadas por Friedrich Müller acabou sendo adotada pelo nosso Congresso Nacional, no qual já tramitavam propostas de emenda à Constituição, das quais uma resultou na Emenda Constitucional 32, que mencionamos, e que alterou o art. 62 da Constituição, incluindo diversas matérias sobre as quais não poderão ser editadas por medidas provisórias.

No campo filosófico, Willis Santiago Guerra Filho, após descrever as relações entre direito e política, dedica-se especificamente a estudar a “força de

²⁹⁰ ARIAS, Carmen. Um estudo sobre as medidas provisórias no Brasil. *Revista Mediações – Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Estadual de Londrina*, Londrina, v. 6, n. 2, p. 29-53, 2001.

²⁹¹ MÜLLER, Friedrich. Medidas provisórias no Brasil e a experiência alemã cit., p. 344-352.

lei”, baseado em autores como Walter Benjamin, Jacques Derrida e Giorgio Agamben, e sua relação com o direito. A “força de lei”, segundo ele, encontra longa tradição desde o direito romano até a atualidade.

O autor registra que “força de lei” não se refere a lei propriamente, mas a decretos do Poder Executivo, cuja autorização está prevista para certos casos, “particularmente no caso do estado de exceção”. Ele, assim como Friedrich Müller, lembra que a confusão entre Poder Legislativo e Poder Executivo é uma das principais características do estado de exceção. No parágrafo a seguir, perceberemos a densidade conceitual e, com ela, a importância de levar a sério as medidas provisórias:

Poder Executivo e os do Legislativo é uma das características essenciais do estado de exceção (o caso-limite é o regime nazista, no qual, como Eichmann não cessava de repetir, “as palavras do *Führer* têm força de lei”). Mas, de um ponto de vista técnico, a particularidade do estado de exceção não é tanto a confusão dos poderes quanto o isolamento da força de lei da lei. O estado de exceção define um regime da lei no qual a norma vale, mas não se aplica (porque não tem força), e atos que não possuem o valor de lei adquirem sua força. Isso significa que, no caso-limite, a “força de lei” flutua como um elemento indeterminado que pode ser reivindicado ora pela autoridade do Estado, ora pela autoridade de uma organização revolucionária.

O que sobra quando se separa a “força” da “lei”? A sequência da análise mostrará que, quando se suprime a lei da “força de lei”, restam apenas “força”, “violência”, “coerção” ou qualquer outro sinônimo que se queira dar para o puro arbítrio. Nesse sentido, nossas medidas provisórias com força de lei são somente medidas (raramente) provisórias com força e aparência de legalidade.

Esse fenômeno de “força de...” ou, como ele mesmo diz, está graficamente representado pela expressão “força de lei...” representa a “mera força [de] qualquer coisa ou qualquer um”. Esse fenômeno é o que o autor denomina de “antidireito” e após essa constatação remete aos campos de concentração nazista.

Em seguida, Willis Santiago Guerra Filho também faz referência ao art. 48 da Constituição de Weimar que, ao menos formalmente, permaneceu vigente durante todo o período nazista, com a possibilidade (muito utilizada) de

adotar “medida provisória constitucional” e, com isso, dotar o Executivo de poderes na prática ilimitados.²⁹²

Os riscos de um modelo como o nosso, que permite a utilização de “medidas provisórias”, ficaram muito bem demonstrados pelos autores mencionados. Assim, enquanto nosso Poder Constituinte derivado mantiver no sistema constitucional brasileiro esse instituto, o que se espera dos Poderes Legislativo e Judiciário são medidas de contenção do ímpeto do Poder Executivo.

Como referimos anteriormente, a resposta tardia do Congresso Nacional veio em 11 de setembro de 2001, com a promulgação da Emenda Constitucional 32, que enumerou uma série de temas sobre os quais o Presidente da República não poderá editar medidas provisórias. Analisaremos no subitem a seguir como a questão tem se desenvolvido ao longo das quase duas décadas em vigor dessa alteração constitucional.

6.3.2.1 Panorama atual

O número de medidas provisórias reduziu-se consideravelmente após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 32, de iniciativa parlamentar. Entretanto, está longe de números aceitáveis, pois somente no período entre 11 de setembro de 2001 (data em que entrou em vigor a referida Emenda Constitucional) e o final do ano de 2002 editaram-se 102 medidas provisórias.

Mesmo com a vigência da emenda constitucional até novembro de 2019, foram editadas 907 medidas, cujo número é inaceitável, que há muito vem sendo denunciado, como vimos anteriormente.

A passividade do Supremo Tribunal Federal diante dessa situação sempre foi objeto de reiteradas (e justificadas) críticas. Em 2019, entretanto, uma decisão do plenário da Corte na ADI 5.709/DF chamou a atenção, pois finalmente a principal Corte brasileira se posicionou perante o tema em análise. Nessa ação direta de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, entre

²⁹² GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Anti-)Direito e força de lei. *Revista do Mestrado em Direito da Unifio*, São Paulo, ano 6, n. 2, p. 25-35, 2006.

outros pontos, definiu a impossibilidade de reedição de medidas provisórias na mesma sessão legislativa, estando de acordo com o que dispõe o art. 62, § 10, da CF. Vejamos uma parte do acórdão:

Impossibilidade de reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória revogada, nos termos do prescreve o art. 62, §§ 2.º e 3.º. Interpretação jurídica em sentido contrário importaria violação do princípio da Separação de Poderes. Isso porque o Presidente da República teria o controle e comando da pauta do Congresso Nacional, por conseguinte, das prioridades do processo legislativo, em detrimento do próprio Poder Legislativo. Matéria de competência privativa das duas Casas Legislativas (inciso IV do art. 51 e inciso XIII do art. 52, ambos da Constituição Federal) (fls. 02 do Acórdão).

Além disso, o Supremo Tribunal Federal reiterou a necessidade de interpretação restritiva do art. 62 da CF, pois a medida provisória é de caráter residual e quando presentes os requisitos da urgência e relevância. A seguinte tese foi fixada:

É inconstitucional medida provisória ou lei decorrente de conversão de medida provisória cujo conteúdo normativo caracterize a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória anterior rejeitada, de eficácia exaurida por decurso do prazo ou *que ainda não tenha sido apreciada pelo Congresso Nacional* dentro do prazo estabelecido pela Constituição Federal (grifos nossos).

Por conseguinte, é possível perceber que o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado contrariamente a esse abuso, porém ainda de forma muito limitada e morosa, portanto insuficiente.

Dessarte, por mais que se notem em alguns momentos determinadas tentativas do Supremo Tribunal Federal de se posicionar de forma adequada diante da complexidade que se apresenta, percebe-se que sua posição como órgão do Poder Judiciário e sua pretensão à Corte Constitucional colocam-no em uma situação em que lida de forma muito aquém de qualquer expectativa, pois não consegue enfrentar a questão da “judicialização da política” apropriadamente, pois não dispõe dos meios adequados para essa finalidade (no jargão da teoria dos sistemas: não dispõe do código poder/não poder) e ao mesmo tempo vê sua atuação como órgão do Poder Judiciário limitada pela crescente demanda, cuja solução é sempre difícil, pois tem que encarar a questão da “separação dos poderes”, ou seja, quando procura dar a solução

jurídica da demanda, sempre corre o risco de “ultrapassar a fronteira” de sua competência e ser criticado por sua atuação “discricionária” ou de “ativismo judicial” (críticas muitas vezes fundamentadas).

CAPÍTULO 7 – O PROCESSO JUDICIAL E A (NÃO) EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

O processo de modo geral e o processo judicial de forma mais específica, bem como suas relações com a Constituição Federal, são os temas que permeiam nosso trabalho do começo ao fim.

Estudaremos agora de forma específica como o processo judicial pode efetivar as determinações constitucionais. Para tanto, retomemos brevemente a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Para a defesa da *ordem objetiva*, o constituinte criou mecanismos, como algumas ações mencionadas: ação de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, entre outras. Por sua vez, alguns remédios constitucionais consistem no meio mais efetivo para a defesa de *ordem subjetiva*, como o mandado de segurança, o *habeas corpus* e o mandado de injunção.

Tratando-se da omissão inconstitucional, dois são os mecanismos disponíveis em nossa Constituição e são eles que estudaremos, separadamente, neste momento: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

7.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Faremos algumas considerações acerca da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e quando tratarmos do mandado de injunção exploraremos melhor as distinções entre os dois institutos.

Por ora, é importante assinalar que essa ação está disciplinada no art. 103, § 2.º, da CF e pela Lei 9.868/1999, com acréscimos da Lei 12.063/2009.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão faz parte do controle abstrato de constitucionalidade, cuja finalidade é, em princípio, afastar do ordenamento jurídico normas que, em razão do conteúdo ou da forma como entraram no ordenamento jurídico, são consideradas inconstitucionais pelo

Supremo Tribunal Federal (em face da Constituição Federal). Ocorre que o legislador constituinte percebeu que poderia haver situações em que a falta de edição de norma legislativa ou de regulamentação administrativa poderia inviabilizar o acesso a direitos constitucionalmente previstos, por isso selecionou alguns legitimados para realizar o controle judicial de constitucionalidade por omissão, assim como fez com o controle de constitucionalidade convencional (ou por ação).

Portanto, é importante registrar que a ação que estamos estudando é de natureza próxima à das demais ações de controle concentrado, ou seja, nessas ações não há “parte”, apenas legitimados para a defesa da Constituição. Essa é uma das primeiras características que devem ser evidenciadas quando comparamos com o mandado de injunção.

A finalidade dessa ação é “constatar e tentar sanar a omissão do legislador no sentido da violação de sua obrigação constitucional de legislar. Dessa forma procura-se fortalecer a eficácia das normas constitucionais, preservando sua supremacia”.²⁹³

Ocorre, entretanto, que a Constituição Federal determina em seu art. 103, § 2.º, uma vez julgada a inconstitucionalidade por omissão, que “será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”, determinando um prazo para consecução do que for necessário apenas no caso de órgão administrativo.

Por isso, havia na doutrina certa discussão acerca do caráter mandamental ou declaratório da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Entretanto, a Lei 12.063/2009 faculta ao Supremo Tribunal Federal a estipulação de um prazo para a adoção das medidas necessárias por parte do legislador. Assim, aparentemente, a discussão nesse aspecto está superada.

Há ainda importantes autores que, vinculados à “teoria das cargas de eficácia”, defendem que normas de “eficácia limitada de princípio programático não poderão ser apontadas diretamente como omissão inconstitucional atacável por via de ADO”.²⁹⁴ Essa visão, em nossa opinião, feriria de morte a defesa dos

²⁹³ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais cit.*, p. 130.

²⁹⁴ CUNHA JUNIOR, Dirley; SILVA, Gabriela Costa. Efeitos das decisões em ação direta de inconstitucionalidade por omissão: da possibilidade de prolação de sentenças criativas no controle abstrato das omissões do poder público. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 19,

direitos fundamentais, especialmente a partir da segunda dimensão (direitos sociais e direitos difusos), que são classificados pelos autores que adotam essa teoria como normas programáticas.

Quanto a essa distinção é importante fazer um registro, da inviabilidade de o Supremo Tribunal Federal “legislar” no caso de declaração de inconstitucionalidade por omissão. Georges Abboud destaca que é possível que o Supremo declare a responsabilização pela persistência em omissão²⁹⁵ [portanto passível de indenização], mas que em nenhuma hipótese seria possível ao Supremo Tribunal Federal substituir o legislador.

7.2 Mandado de injunção

O instituto encontra sua fundamentação constitucional no art. 5.º, LXXI, que assim determina:

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Recentemente, ele foi regulamentado pela Lei 13.300, de 23 de junho de 2016, que disciplina tanto o mandado de injunção individual como o mandado de injunção coletivo. A lei reflete a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que promoveu uma evolução significativa com relação ao uso do instituto a partir do julgamento do MI 708, como veremos a seguir. Não está, contudo, isenta de críticas e dependerá de um posicionamento claro da doutrina e da jurisprudência para sua correta aplicação prática.

Esse remédio constitucional se insere no contexto em que a própria Constituição determina que o legislador deve disciplinar determinadas matérias,

n. 8, p. 401, jan./abr. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Bras_v.19_n.8.25.pdf. Acesso em: 13 nov. 2019.

²⁹⁵ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 434.

não havendo campo de discricionariedade dele nesse sentido. Os legisladores “tornam-se “agentes de execução dos imperativos constitucionais”.²⁹⁶

Segundo Erick Beyruth de Carvalho, o mandado de injunção

[...] tem como objetivo a omissão, total ou parcial, do poder competente, em editar norma regulamentadora que, por sua falta, obstaculiza a realização de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.²⁹⁷

A questão que se coloca é: como *sancionar* eventuais omissões do legislador?²⁹⁸

Antes de adentrar nesse problema central que o mandado de injunção se propõe a resolver, vejamos algumas características do instituto, bem como sua formação histórica.

Willis Santiago Guerra Filho, citando Castro Nunes, situa o mandado de injunção associado ao *habeas corpus* e o mandado de segurança, ou seja, como mencionamos, o mandado de injunção é um instrumento para a defesa de direitos subjetivos. Ele é semelhante à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mas esta, por sua vez, destina-se à defesa da ordem jurídica objetiva. A função do mandado de injunção é evitar que os direitos subjetivos se reduzam a meros “programas”.²⁹⁹

Sua origem também foi discutida, inicialmente, associada às *injunctio*ns do direito anglo-saxão,³⁰⁰ mas logo a doutrina se deu conta de que haveria apenas uma aproximação terminológica, pois as funções e os conceitos de ambos os institutos, bem como a origem, são completamente distintos.³⁰¹

Novamente com Willis Santiago Guerra Filho, a origem do instituto encontra-se na Constituição Federal do Brasil de 1988, por sugestão do

²⁹⁶ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais* cit., p. 431.

²⁹⁷ CARVALHO, Erick Beyruth de. *Democracia direta no Brasil: condições e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 131.

²⁹⁸ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais* cit., p. 431.

²⁹⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição* cit., p. 165-169.

³⁰⁰ BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança e mandado de injunção. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 32, n. 32, p. 110-111, 1989. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/76/showToc>. Acesso em: 10 nov. 2019.

³⁰¹ ALVIM, Eduardo Arruda; KRUGER, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional* cit., p. 342.

Deputado Carlos Virgílio e do Senador Virgílio Távora, com inspiração no art. 283 da Constituição portuguesa que dispõe:

Art. 283.º Inconstitucionalidade por omissão

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

Nosso instituto, porém, foi pensado com finalidade muito mais ampla, ou seja, “controlar ato omissivo de qualquer órgão público, a quem coubesse implementar o direito constitucional positivo”, encontrando sua origem mais próxima no próprio mandado de segurança, que admitia sua impetração em face de omissão inconstitucional já na Constituição de 1934.³⁰²

A falta de regulamentação do mandado de injunção fez com que a doutrina e a jurisprudência assumissem esse papel. Helen Barbosa Ortolani explica que foram formadas três correntes na doutrina acerca dos efeitos do mandado de injunção: a corrente não concretista, a corrente concretista individual e a corrente concretista geral. A primeira corrente defendia que a decisão do mandado de injunção teria a função de reconhecer a mora e dar ciência ao órgão legislativo responsável. A corrente concretista individual seria aquela em que o órgão julgador deveria estabelecer a regra faltante “no caso concreto”, e a corrente concretista geral defendia que a decisão deveria estabelecer a regra faltante com efeito *erga omnes*.³⁰³

Uma observação relevante diz respeito ao fato de que boa parte da doutrina defende que o “efeito” pretendido pelo mandado de injunção é conferir *eficácia e aplicabilidade imediatas*³⁰⁴ para as disposições constitucionais não

³⁰² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição* cit., p. 171-172. Especialmente a nota de rodapé n. 281.

³⁰³ ORTOLANI, Helen Barbosa. *Mandado de injunção: o desenvolvimento do Instituto*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 80-90.

³⁰⁴ ALVIM, Eduardo Arruda; KRUGER, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional* cit., p. 343. Também: ROTHENBURG, Walter Claudius. A segunda geração do mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 47, n. 88, p. 75, out./dez. 2010. Disponível em:

regulamentadas. Como se vê, a “teoria das cargas de eficácia” ainda hoje exerce muita influência na doutrina e, conseqüentemente, na jurisprudência. Entretanto, procuramos refutar a teoria mencionada no capítulo próprio deste trabalho.

Entendemos que todos os dispositivos constitucionais têm eficácia plena e imediata; então, qual seria o objetivo do mandado de injunção ou até mesmo da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão? Fazemos, inicialmente, referência ao Capítulo 2 do presente estudo, no qual procuramos basicamente conceituar “norma jurídica” e suas espécies: regras e princípios. É necessário lembrar ainda que naquele momento concluímos que as normas de direitos fundamentais têm a natureza jurídica de “princípios” e que estes são “normas que se referem a valores”, ou seja, são normas que se prestam a orientar a consecução de outras normas, isto é, as regras.

Realizamos essa pequena digressão para dizer que os direitos fundamentais não se aplicam diretamente, pois, mesmo com eficácia plena e aplicabilidade imediata, eles necessitam de “regras” para viabilizar sua “concretude” fática. Portanto, o que pretendem a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção é garantir que o legislador não se furtará de promover (também) os meios formais de efetivação das normas de direitos fundamentais, sendo este último, no caso concreto, capaz de produzir a regra que garanta a efetividade do direito que está sendo obstaculizado pela omissão legislativa ou mesmo administrativa.

Feitas essas observações, vale lembrar, que no campo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal o mandado de injunção passa ao menos por duas fases e, recentemente, podemos identificar uma terceira, que pode ser denominada de legislativa. Vejamos cada uma de maneira específica:

a) 1.^a Fase – De setembro de 1990 até outubro de 2007

George Abboud acredita que foi no MI 102 que o Supremo Tribunal Federal adotou posição “não concretista”, ou seja, “equiparou o mandado de

injunção à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, rebaixando o mandado de injunção à mera notificação”³⁰⁵.

Entretanto, entendemos que é no MI 107-3 que essa primeira fase está mais bem delimitada. Para fins de compreensão do instituto, Willis Santiago Guerra Filho vê como proveitosa a aproximação entre o mandado de injunção e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão realizada no MI 107-3/DF (publicação da ementa em 21.09.1990), porém ressalva que deveria ter sido feita a devida distinção de ambos os institutos, pois a confusão entre eles pode provocar “sérios prejuízos para o instituto em tela”.³⁰⁶

Além disso, Willis Santiago Guerra Filho posiciona-se contra a tese de Gilmar Mendes, que entende que o mandado de injunção seria instrumento hábil para defender a ordem objetiva.³⁰⁷

A tese de que “o preenchimento da omissão é de natureza objetiva, equivalente a uma lei”, também é defendida por Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi mais recentemente,³⁰⁸ porém vimos que ele foi criado para defender a ordem subjetiva de direitos e esse entendimento torna o mandado de injunção inócuo, uma vez que teria, segundo a tese de Gilmar Mendes, objeto igual ao da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.³⁰⁹

A interpretação dada ao instituto no julgado mencionado provocou, na visão de Walter Claudius Rothenburg, além do efeito indesejado mencionado, outros dois: os efeitos do mandado de injunção foram muito tímidos e a interpretação dada ao instituto provocou o seu esvaziamento, pois o mandado de injunção não tem a “envergadura ‘política’” da ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação as demais poderes da República. Em outras palavras, o que o Supremo Tribunal Federal decidiu naquela primeira oportunidade foi equiparar os efeitos do mandado de injunção aos da ação declaratória de inconstitucionalidade (apenas informar ao órgão competente a

³⁰⁵ ABBoud, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 767.

³⁰⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição* cit., p. 178.

³⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de injunção. *Instituto Brasileiro de Direito Público*, Brasília, v. 5, n. 19, p. 142, 2008. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/issue/view/150>. Acesso em: 13 nov. 2019. Nesse artigo, Gilmar Mendes defende expressamente que os efeitos do mandado de injunção tenham efeitos *erga omnes*.

³⁰⁸ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais* cit., p. 432.

³⁰⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição* cit., p. 168.

sua decisão). No entanto, o autor defende que a aproximação seria devida se fosse em sentido inverso, ou seja, ampliar os efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, tendo por base os efeitos concretos desejados no mandado de injunção.³¹⁰

Ademais, como mencionamos, Willis Santiago Guerra Filho adota posição contrária à tese da corrente “concretista geral que defendia que o mandado de injunção fosse dotado de efeito *erga omnes*”,³¹¹ situação até hoje (no que denominamos terceira fase do mandado de injunção) presente – mas com outra roupagem –, causando diversas dificuldades conceituais e práticas.

A “corrente não concretista” que conferia efeitos meramente declaratórios ao mandado de injunção prevaleceu no Supremo Tribunal Federal até outubro de 2007, quando o este mudou de entendimento,³¹² como veremos a seguir.

b) 2.^a Fase – De outubro de 2007 até junho de 2016

Depois de mais de 15 anos da promulgação da Constituição Federal e percebendo que as “comunicações” de suas decisões não surtiram efeitos significativos, o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento e passou a dar maior efetividade à ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ao mandado de injunção. George Abboud, que defende a posição concretista [individual], destaca que foi no MI 708/DF que ocorreu a mudança de posição do Supremo Tribunal Federal, atribuindo efeitos concretos ao mandado de injunção.³¹³

Basicamente, nessa oportunidade (decisão proferida em 25.10.2007), o Supremo Tribunal Federal determinou as regras de competência para julgamento dos dissídios coletivos de servidores públicos civis nas diversas esferas da federação e determinou que se usasse como parâmetro a Lei 7.783, de 28 de junho de 1989, ou seja, a lei que trata do direito de greve de trabalhadores da iniciativa privada.

³¹⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. A segunda geração do mandado de injunção cit., p. 78.

³¹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição* cit., p. 178-182.

³¹² DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais* cit., p. 435.

³¹³ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 774.

Essa decisão inaugurou o período em que o Supremo Tribunal Federal passou a adotar uma posição mais ativa no tocante às omissões identificadas, por vezes estabelecendo prazos para que o órgão legislativo edite as normas, chegando inclusive a conferir efeito *erga omnes* para algumas decisões em mandado de injunção,³¹⁴ além de regulamentar, provisoriamente, normas de competência e “parâmetros institucionais” para “a apreciação da matéria a até a edição legislativa”.³¹⁵

Essa mudança nos efeitos concretos atribuídos ao mandado de injunção é a característica mais marcante dessa segunda fase. A doutrina explora bastante a questão da legitimidade passiva, o procedimento a ser adotado, entre outras características que vinham sendo definidas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Essas questões acreditamos que atualmente são pacíficas, pois estão expressamente determinadas na Lei 13.300, de 23 de junho de 2016, que mencionamos anteriormente. Vejamos, então, o que denominamos como a 3.^a fase do mandado de injunção.

c) 3.^a Fase – De junho de 2016 em diante

Tivemos oportunidade de mencionar anteriormente que a Lei 13.300/2016 refletiu a jurisprudência dominante na “2.^a fase” do mandado de injunção, sendo essa terceira fase, portanto, uma continuação da fase anterior. No entanto, o fato de ela disciplinar diversos aspectos que eram discutidos na doutrina, a nosso ver, justifica tratá-la separadamente. Todavia, como dissemos, ela é uma “continuação” da segunda, com roupagem legislativa, e não só jurisprudencial e doutrinária, que caracterizaram as fases anteriores.

Nessa fase, acreditamos que o ponto a ser discutido, pois não está adequadamente regulamentado, refere-se ao limite dos efeitos da decisão em mandado de injunção.

A questão gira em torno do art. 9.^o, § 1.^o, da Lei 13.300/2016 que, apesar de estar reconhecido no *caput* que o mandado de injunção confere direitos com eficácia limitada às partes (“corrente concretista individual”), o

³¹⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. A segunda geração do mandado de injunção cit., p. 79.

³¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de injunção cit., p. 148.

referido parágrafo admite a possibilidade de eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* [principalmente no mandado de injunção coletivo], o que nos remete novamente ao problema da distinção com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Poder-se-ia argumentar que haveria uma diferença de grau, pois, enquanto a atribuição de efeitos *erga omnes* no mandado de injunção seria uma faculdade do Supremo Tribunal Federal, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão essa seria a regra. No entanto, não acreditamos ser esse o melhor caminho, pois o responsável por definir quando se trata de um caso ou outro seria o próprio Supremo Tribunal Federal, com todos os riscos decorrentes dessa conjuntura.

George Abboud, a nosso ver, apresenta a melhor solução, uma vez que defende que “a decisão do mandado de injunção coletivo deve ficar limitada à categoria representada pelos respectivos sindicatos que estabeleçam condições específicas para o exercício das paralisações: seu efeito deve ser *ultra partes*, e não *erga omnes*”.³¹⁶

Essa solução afigura-se-nos a única possível, sob pena de voltarmos a confundir o mandado de injunção, principalmente o mandado de injunção coletivo, com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Assim, não há, em nosso entendimento, outra forma de reconhecer efeitos *erga omnes* de decisões que não sejam objeto de análise de controle concentrado de constitucionalidade.

³¹⁶ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro* cit., p. 777.

CONCLUSÃO

A humanidade viu-se diante de um grande dilema após o término da Segunda Grande Guerra Mundial, uma vez que ela colocou em dúvida a confiança que havíamos colocado em nossa própria racionalidade e na ciência moderna, que se mostrava como a depuração desse racionalismo e prometia respostas precisas sobre as principais questões humanas.

O direito também se mostrou afeto a esse ideal cientificista e os juristas procuraram criar uma “ciência do direito” baseada no modelo das ciências naturais durante o século XIX e início do século XX. O objeto “ideal” desse conhecimento foi a “norma jurídica” e depois o “ordenamento jurídico”, o qual conteria as respostas para os conflitos humanos.

Como dissemos, na primeira metade do século XX, muitos horrores foram cometidos. Eles só foram possíveis com o auxílio do conhecimento científico. Foi então que a humanidade percebeu que a “ciência pela ciência” poderia levar a resultados desastrosos e começou a pensar em como fazer ciência com um padrão ético.

Nesse contexto, o direito adota a “dignidade humana” como padrão ético e os “direitos fundamentais sociais” que inauguram um novo constitucionalismo e um novo tipo de “norma jurídica” (que dê conta da própria complexidade da sociedade e da nova postura do Estado perante as obrigações impostas pelo novo constitucionalismo).

Dessa conjuntura surge a necessidade de estudar essas novas normas, que são os “princípios constitucionais” e o modo correto de interpretá-las e aplicá-las.

Nosso trabalho se situa nesse momento e procurou estudar sob diversos aspectos o “movimento” entre Constituição escrita e realidade, sabendo que o movimento inverso também existe e que as Constituições devem ser dotadas de mecanismos que lidem adequadamente com esse tipo interferência, considerando sempre o texto da Constituição Federal de 1988 e a realidade social brasileira.

Esse “movimento” se dá por meio de procedimentos que podem ser qualificados como processos, quando existir o efetivo “contraditório”.

Por isso, investigamos o modo de interpretar e aplicar os princípios constitucionais e qual a força normativa da Constituição (Capítulo 2) e das próprias normas jurídicas que a compõem (Capítulo 3) e o modo como o processo se consolida como “direito e garantia fundamental”, ao mesmo tempo que passa a ser o instrumento capaz de consolidar os demais direitos fundamentais previstos no texto de nossa Carta Política.

Entretanto, o processo de consolidação não tem se desenvolvido de forma adequada. Duas razões, no campo jurídico, têm causado esse problema: no plano doutrinário, a adoção de uma teoria conhecida como “teoria das cargas de eficácia”, que promove uma verdadeira “constitucionalização simbólica” da Constituição brasileira de 1988, promovendo por vias transversas certo consenso de que não há normatividade (aplicabilidade) imediata nas normas ditas “programáticas”, entre as quais estão todos os direitos fundamentais de segunda dimensão (os “direitos sociais”). A adoção dessa teoria tem promovido a inefetividade dos instrumentos processuais criados justamente para garantir a efetividade da Constituição, quais sejam: o mandado de injunção e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.

O aspecto doutrinário só será resolvido à medida que cada vez mais juristas e estudantes entenderem os malefícios de uma teoria como essa e promoverem estudos que a refutem teoricamente, a fim de que futuramente outras teorias ganhem espaço na jurisprudência e substituam a atual posição dos tribunais em todo o País. Nossa pequena contribuição é justamente explicitar e refutar essa teoria, tendo como base a teoria processual da Constituição.

Entretanto, outro aspecto, também identificado na teoria processual da Constituição, encontra-se no plano institucional, que é a falta de uma Corte Constitucional, não vinculada ao Poder Judiciário, dotada de características político-jurídicas e, portanto, de representatividade, cujas decisões vinculem os três poderes.

Entendemos, portanto, que o quadro de inefetividade da Constituição que se apresenta mesmo após três décadas de sua promulgação é decorrente de uma situação institucional e, por isso, afeta completamente o sistema constitucional.

Uma mudança profunda nesse sistema é necessária para que tenhamos uma perspectiva de mudança e com isso se promova um quadro de maior efetivação da Constituição. Acreditamos que uma proposta de emenda constitucional seja o caminho que deve ser adotado para resolver a questão institucional relativa à falta de uma Corte Constitucional.

A PEC 275/2013 está em tramitação e, apesar de considerarmos que existem nela pontos favoráveis, acreditamos que, se aprovada como está, promoverá o aprimoramento de alguns aspectos, porém não atende corretamente aos critérios da *periodicidade* que entendemos ser fundamental. Portanto, seria bem-vinda uma alteração no texto que solucionasse esse problema. Em contrapartida, ela resolve bem a questão da *legitimidade* que não existe no Supremo Tribunal Federal (ele é um órgão do Poder Judiciário, portanto não poderia existir).

Contudo, tanto as modificações necessárias no texto da PEC 275/2013 como sua aprovação, ou mesmo sua substituição por outra que ofereça melhores soluções, dependerão da participação da comunidade jurídica e da sociedade como um todo. Por essa razão, a divulgação e o debate acerca da atual conjuntura se fazem tão necessários.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ALVIM, Eduardo Arruda; KRUGER, Rennan Faria; GRANADO, Daniel Willian. *Processo constitucional*. São Paulo: RT, 2014.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Verbatim, 2018.
- ARIAS, Carmen. Um estudo sobre as medidas provisórias no Brasil. *Revista Mediações – Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Estadual de Londrina, Londrina*, v. 6, n. 2, p. 29-53, 2001.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BARBI, Celso Agrícola. Mandado de segurança e mandado de injunção. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 32, n. 32, p. 110-111, 1989. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/76/showToc>. Acesso em: 10 nov. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula; OLIVEIRA, Martins Riccio de (coord.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

BRASIL. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 3 nov. 2019.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 nov. 2019.

BRASIL. Planalto. Medidas provisórias. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias>. Acesso em: 11 nov. 2019.

BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional n.º 275, de 6 de junho de 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=579931>. Acesso em: 5 nov. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Erick Beyruth de. *Democracia direta no Brasil: condições e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COUTURE, Eduardo Juan. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CUNHA JUNIOR, Dirley; SILVA, Gabriela Costa. Efeitos das decisões em ação direta de inconstitucionalidade por omissão: da possibilidade de prolação de sentenças criativas no controle abstrato das omissões do poder público. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 19, n. 8, jan./abr. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Bras_v.19_n.8.25.pdf. Acesso em: 13 nov. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Justiça e direito.)

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucion. De la Antigüedad a nuestros días*. Tradução para o espanhol Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2007.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, [S.l.], jan. 1977. ISSN 2448-4873. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/1266/1524>. Acesso em: 17 out. 2019.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade informacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 137, p. 13-21, jan./mar.1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/327>. Acesso em: 7 nov. 2019.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Anti-)Direito e força de lei. *Revista do Mestrado em Direito da Unifiefio*, São Paulo, ano 6, n. 2, p. 25-35, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaaios de teoria constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Estudos jurídicos: teoria do direito civil*. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará, 1985.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: SRS Editora, 2017.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 3. ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Uma nova perspectiva constitucional: processo e Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, ano 30, n. 30, p. 285-291, 1998. Disponível em: <https://www.revistas.ufpr.br/direito/article/download/1898/1593>. Acesso em: 21 out. 2019.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. *Teoria poética do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini (colaborador). *Teoria da ciência jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Introdução à sociologia do direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.

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

HOBBS, Thomas. *Elementos do direito natural e político*. Tradução de Fernando Couto. Porto: RÉS-Editora, [s.d].

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Prefácio e organização Aurélio Wander Bastos. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Argumentação jurídica (in)compatibilidades entre a tópica e o processo*. Curitiba: Juruá, 2014.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*. 1. ed. 4. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de injunção. *Instituto Brasiliense de Direito Público*, Brasília, v. 5, n. 19, 2008. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/issue/view/150>. Acesso em: 13 nov. 2019.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Direitos fundamentais*. Tradução António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016.

MÜLLER, Friedrich. Medidas provisórias no Brasil e a experiência alemã. *In*: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional*:

estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13. ed. São Paulo: RT, 2018.

NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro: curso completo*. São Paulo: RT, 2017.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

ORTOLANI, Helen Barbosa. *Mandado de injunção: o desenvolvimento do Instituto*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A segunda geração do mandado de injunção. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 47, n. 88, out./dez. 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198713/000901834.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade. *Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional*, Madrid, n. 10, 2006. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2151599>. Acesso em: 8 nov. 2019.

SCHMITT, Carl. *La tiranía de los valores*. Buenos Aires: Hydra, 2009.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEUDEL, Adelângela de Arruda Moura. Jusnaturalismo clássico e jusnaturalismo racionalista. *Publicatio UEPG: Ciências Humanas, Linguística, Letras e Artes*, UEPG, Ponta Grossa, p. 47-50, jun. 2007. Disponível em: <https://www.revistas2.uepg.br/index.php/humanas/article/download/575/574>. Acesso em: 11 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Organização Maria Garcia. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2011.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução Maria Ermantina Fontes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. (Coleção Justiça e direito.)