



Centro Universitário de Brasília – UniCeub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais -
FAJES

MARCELO ALVARES SIMÕES

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52,
X, DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA?**

BRASÍLIA

2012

MARCELO ALVARES SIMÕES

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X, DA
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA?**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Orientadora: Prof.^a Christine Peter

BRASÍLIA

2012

MARCELO ALVARES SIMÕES

**MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, X, DA
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA?**

Monografia apresentada à banca
examinadora da Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de
Brasília – UNICEUB como requisito para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Christine Peter

Brasília-DF, _____ de _____ de 2012.

Banca Examinadora

Prof.^a Christine Peter

Prof.^(a).Examinador(a)

Prof.^(a).Examinador(a)

Aos meus.

“A consciência da garantia e efetivação da liberdade provém muito menos da lei do que da Constituição. Se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito de nosso tempo faz o culto da Constituição. A lei às vezes degrada e avilta, corrompe e escraviza em ocasiões sociais e políticas de profunda crise e comoção, gerando a legalidade das ditaduras, ao passo que a Constituição é sempre a garantia do poder livre e da autoridade legítima exercitada em proveito da pessoa humana. Enfim, só a Constituição liberta; unicamente ela devolve à cidadania a crença e a confiança na legitimidade do poder e das leis.”

Paulo Bonavides

RESUMO

A presente investigação tem por objeto a visão analítica da tese do Ministro Gilmar Mendes que se desenvolve no âmbito do Supremo Tribunal Federal a respeito do fenômeno da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, sob o paradigma do Estado Constitucional – a supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais, a separação dos poderes e a independência do Judiciário. Para tanto, busca estabelecer, primeiramente, as bases filosóficas e constitucionais do Estado Constitucional para, posteriormente, determinar o campo de atuação da mutação constitucional e, por conseguinte, da referida tese que o Supremo Tribunal busca implantar por meio de mudança informal da Constituição. São objetos secundários da investigação, o estabelecimento do Estado, o desenvolvimento do Estado, o estabelecimento do Estado democrático de direito e sua evolução para o Estado Constitucional, os papéis das instituições frente a doutrina constitucionalista do Estado, precisamente no que se refere aos poderes judiciário e ao legislativo, o princípio da a separação dos poderes, o controle de constitucionalidade e a concretização do inciso X, do artigo 52 da Constituição Federal de 1988. Por fim, cuida-se de tatear respostas sobre a capacidade do Supremo Tribunal Federal estabelecer-se como legislador positivo e investigar os desdobramentos desta capacidade.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Estado Constitucional. Separação de Poderes. Senado Federal. Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 JUDICIÁRIO X LEGISLATIVO NO ESTADO CONSTITUCIONAL	10
1.1 O Estado Constitucional.....	10
1.1.1 <i>O Estado e o Direito Como Instrumentos de Socialização</i>	10
1.1.2 <i>O Aparecimento do Estado de Direito</i>	10
1.1.3 <i>A Ascendência ao Estado Constitucional</i>	19
1.2 O Legislativo e o Estado Constitucional.....	26
1.3 O Judiciário e o Estado Constitucional.....	28
2 O HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998	31
2.1 A Separação de Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos	31
2.2 A Separação de Poderes nas Constituições Brasileiras	31
2.3 O Controle de Constitucionalidade e o Artigo 52, inciso X nas Constituições Brasileiras.....	34
2.3.1 <i>Controle de Constitucionalidade</i>	39
2.3.2 <i>O Artigo 52, X, nas constituições Brasileiras</i>	39
3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOB O PARADIGMA DO ESTADO CONSTITUCIONAL	47
3.1 Mutações Constitucionais.....	47
3.1.1 <i>Mutações Inconstitucionais</i>	48
3.2 A Mutações do Artigo 52, Inciso X, e a Doutrina Constitucional.....	53
3.2.1 <i>A Reclamação Constitucional</i>	56
3.2.2 <i>O Uso Prático do artigo 52, X</i>	57
3.3 Implicações para o Sistema Político-Jurídico Brasileiro.....	70
CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS	82

INTRODUÇÃO

A indagação crítica acerca do fenômeno da mutação constitucional no campo relativo ao inciso X, do artigo 52, da Constituição Federal, donde se lê que “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” é o objeto da presente pesquisa.

Nesse sentido, buscaremos formar convicção a partir dos escritos constitucionais, jurídicos e doutrinário que fundamentem, com propriedade, a formalidade e materialidade do texto constitucional a respeito do tema descrito.

Não podemos, desta forma, excluir da discussão proposta os desdobramentos da evolução jurídica do Estado de Direito e sua elevação ao Estado Constitucional como meta para promover os direitos e garantias individuais por meio das instituições que a estes se vincularam, redundando na democracia e seus elementos configuradores.

Por conseguinte, muito embora seu fortalecimento seja constante, democracia é uma condição estatal bastante frágil sendo frequentemente posta à prova. Tal fragilidade não está ligada, apenas, aos riscos de "queda" por investidas revolucionárias ao poder, mas também à forma como os poderes investidos se comportam.

Habitualmente, a democracia é um sistema regulado por uma lei fundamental, qual seja, uma Constituição. Desta forma, a regra democrática, ulteriormente, dita o simples, que se traduz no singelo comando: as previsões legais devem ser observadas.

Demais disso, sabemos que a democracia, como sistema político, esta essencialmente amparada na separação e independência dos poderes fundamentais do Estado, que são o legislativo, o executivo e o judiciário, bem como no exercício destes poderes em nome do povo, por meio das instituições que dele emanam. Esta é a organização jurídica da democracia.

O Estado Constitucional tem se apresentado como o grande paradigma para a defesa da Constituição e dos princípios a ela inerentes, seguindo esta defesa com pertinácia. Dentre as ferramentas utilizadas pela ordem político/jurídica para a melhor observância, principalmente, dos direitos fundamentais, destacamos a mutação constitucional, que é um processo informal onde ocorre a atribuição de novos sentidos ao texto constitucional que, com o passar dos anos, se torna incongruente frente às atualizações político/jurídicas da sociedade.

A mutação constitucional, portanto, é uma ferramenta de atualização constitucional, e, por que não dizer, democrática, podendo ser usada, inclusive, para corrigir desvios aos quais a democracia possa estar exposta e, assim, eliminar riscos latentes ou declarados.

O problema que se nos apresenta não é a discussão da mutação constitucional como forma de atualização ou de mudança constitucional e sim, precisamente, a discussão da mutação constitucional como meio cabível à mudança no que se refere à Separação dos Poderes.

A Separação dos Poderes é disposição constitucional para a base democrática, portanto, da própria Constituição Federal de 1998 que foi elaborada, não de outra forma, mas com base na Separação dos Poderes. Não desavisadamente, logo em seu artigo segundo e para que, em havendo, sejam dirimidas quaisquer dúvidas, a Carta Magna traz a expressão da Separação dos Poderes de forma inequívoca.

As fundações teóricas de Luño, Häberle, Bonavides e Bóbbio serão as bases às quais estarão convergindo, insistentemente, o que será intentado neste trabalho de monografia.

O desenvolvimento do tema ocorrerá em três etapas distintas onde será desenvolvido, primeiramente, o aparecimento do Direito e do Estado, a ascensão democrática, o surgimento e as bases conceituais do Estado

Constitucional, bem como a função dos poderes da república sob a perspectiva deste estado.

Em outro momento, o desenvolvimento histórico do artigo 52 será objeto de análise, particularizando a conjuntura jurídico/política brasileira. Para tanto, será necessária a pormenorização do princípio da Separação dos Poderes, sua formação e seu incidente no histórico constitucional brasileiro.

Finalmente, discutir a função da mutação constitucional, a possibilidade de sua ocorrência no âmbito do artigo 52 da Constituição Federal e as implicações sistêmicas da aplicação deste instituto ao direito constitucional pátrio, na forma a que se apresenta.

A pesquisa referencial será a ferramenta utilizada para dar contornos ao labor aqui exprimido. O estudo de caso também será utilizado para clarificar o tema, a aplicação do fenômeno da mutação e o uso do instituto constitucional descrito pelo artigo 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Em outras palavras, o referencial teórico será utilizado para esclarecer as competências e as práticas político/jurídicas dos poderes Legislativo e Judiciário, onde podemos confirmá-las de modo a conferir-lhes os efeitos do princípio da legalidade e, assim, esclarecer as limitações de todos os lados interessados no assunto da mutação constitucional que corre hoje no Supremo Tribunal Federal.

1 JUDICIÁRIO X LEGISLATIVO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

1.1 O Estado Constitucional

A doutrina constitucionalista como modelo da ordem jurídico/política em contraposição à doutrina juspositivista deve ser compreendida sob a ótica conceitual e não pela ruptura paradigmática de um sistema em relação ao outro. O Estado Constitucional surge da evolução conceitual de conquistas positivistas e se edifica sobre as hostes legais arremetidas pelo Estado de direito. Os princípios constitucionais e as garantias fundamentais instituídos após a derrocada da monarquia europeia são os marcos basilares da construção de um Estado Constitucional de Direito¹.

Antes, porém, de estender nosso estudo aos princípios, características, ao conceito e sobre os órgãos de Estado que compõem o constructo constitucionalista, faz-se prudente refazer o caminho legal percorrido pelo Estado até a formação do ambiente propício ao surgimento do Estado Constitucional.

1.1.1 O Estado e o Direito Como Instrumentos de Socialização

A civilização humana propõe, dentre muitos, dois aspectos específicos ao observador incauto. Se por um lado contém o cabedal de conhecimentos adquiridos pelo homem de forma a controlar as forças naturais para dali explorar suas riquezas com a finalidade de satisfazer suas necessidades mais básicas; por outro, abrange uma série imensurável de normas necessárias para ajustar as relações humanas. Dessa perspectiva podemos inferir que o nascimento da sociedade, originalmente, se dá pela necessidade do relacionamento humano para angariar condições de subsistência frente às agruras impostas pela natureza à raça humana, que se desenvolvia física e intelectualmente se afastando das suas características animais².

¹ LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2002.

² FREUD, Sigmund. O Futuro de uma Ilusão. Rio de Janeiro; Imago, 1997. p. 10.

Para Freud³, a civilização é o resultado da elevação do homem à condição humana que acarreta no afastamento do homem da sua condição animal. Ele descreve a civilização como algo que “foi imposto a uma maioria resistente por uma minoria que compreendeu como obter a posse dos meios de poder e coerção”. Freud não faz distinção entre civilização e cultura⁴, logo, se refere à sociedade. Então afirma que:

Parece antes, que toda a civilização tem de se erigir sobre a coerção e a renúncia ao instinto; sequer parece certo se, caso cessasse a coerção, a maioria dos seres humanos estaria preparada para empreender o trabalho necessário à aquisição de novas riquezas. Acho que se tem de levar em conta o fato de estarem presentes em todos os homens tendências destrutivas e, portanto, Anti-sociais e anticulturais, e que, num grande número de pessoas, essas tendências são suficientemente fortes para determinar o comportamento delas na sociedade humana.

Ousaremos considerar que este pensamento é a evolução daquele empregado por Hobbes⁵ para descrever o estado de hostilidade e de guerra que, por sua vez, guarda grandes semelhanças à noção do estado de natureza descrito do Locke⁶, onde, a liberdade e a igualdade imperam, sendo cada homem responsável pelos seus atos e arcando com aqueles que atentam contra a lei natural⁷.

Bemfica⁸ diz que o homem, ser humano, é a razão da existência da sociedade, que em última instância é o próprio Estado, sugerindo que a organização política ocorre pela incapacidade humana de viver isoladamente e necessita da colaboração de outros homens, mesmo que afastado deles, para manter todo o que fora conquistado em séculos de desenvolvimento.

³ FREUD, Sigmund. O Futuro de uma Ilusão. Rio de Janeiro; Imago, 1997. p. 12.

⁴ FREUD, Sigmund. O Futuro de uma Ilusão. Rio de Janeiro; Imago, 1997. p. 10: A civilização humana, expressão pela qual quero significar tudo aquilo em que a vida humana se elevou acima de sua condição animal e difere da vida dos animais – e desprezo ter que distinguir entre cultura e civilização (Freud, 1997).

⁵ HOBBS, Thomas. Elementos de Direito Natural e Político. Porto: RÉ.S. p. 103.

⁶ LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo Civil. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 84.

⁷ BOBBIO, Norberto. Locke e o Direito Natural. Brasília: UnB, 1997: Para Bobbio (1997. p. 180), os escritos de Hobbes e Locke são, em suma, a expressão da noção clássica de liberdade negativa.

⁸ BEMFICA, Francisco Vani. Curso de Teoria do Estado. Forense: Rio de Janeiro, 1970. p. 13).

As relações humanas não podem ocorrer de forma desorientada. Para que aconteçam de forma harmônica, é necessária a figura de uma autoridade a qual, segundo Benfica⁹, “se atribui personalidade jurídica”.

A existência da sociedade está fundamentada na realização do bem geral, comum e público, desbordando as demandas do bem particular imediato. A esse papel responde o Estado que é a personificação da harmonia das relações humanas¹⁰.

Dallari¹¹ reforça a tese dos benefícios obtidos pelo homem ao agregar-se para viver em comunidade e, também, acerca das limitações que lhe são impostas em decorrência da associação humana.

É patente que a civilização se funda na necessidade da associação do homem para o controle da natureza, inclusive humana, para o desenvolvimento de sociedades através do regramento e da regulação das relações e do uso recursos disponíveis. Logo, o desenvolvimento de ferramentas que permeiem as relações é imprescindível para a composição e institucionalização das sociedades, ou da civilização, como destaca Freud¹², uma vez que, sem o controle dos fatores naturais

⁹ BEMFICA, Francisco Vani. Curso de Teoria do Estado. Forense: Rio de Janeiro, 1970. p. 13.

¹⁰ BEMFICA, Francisco Vani. Curso de Teoria do Estado. Forense: Rio de Janeiro, 1970. p. 13.

¹¹ DALLARI. Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. Saraiva: São Paulo, 1979. p. 7: O antecedente mais remoto da afirmação clara e precisa de que o homem é um ser social por natureza encontra-se no século IV a.C., com a conclusão de ARISTÓTELES de que "o homem é naturalmente um animal político". Para o filósofo grego, só um indivíduo de natureza vil ou superior ao homem procuraria viver isolado dos outros homens sem que a isso fosse constrangido. Quanto aos irracionais, que também vivem em permanente associação, diz ARISTÓTELES que eles constituem meros agrupamentos formados pelo instinto, pois o homem, entre todos os animais, é o único que possui a razão, o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto.

Na mesma ordem de idéias e, sem dúvida, por influência de ARISTÓTELES, vamos encontrar em Roma, no século I a.C., a afirmação de Cícero de que "a primeira causa da agregação de uns homens a outros é menos a sua debilidade do que um certo instinto de sociabilidade em todos inato; a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum". Assim, pois, não seriam as necessidades materiais o motivo da vida em sociedade, havendo, independente dela, uma disposição natural dos homens para a vida associativa.

¹² FREUD, Sigmund. O Futuro de uma Ilusão. Rio de Janeiro; Imago, 1997. p. 12/14: Esse fato psicológico tem importância decisiva para nosso julgamento da civilização humana. Onde, a princípio, poderíamos pensar que sua essência reside no controle da natureza para o fim de adquirir riqueza, e que os perigos que a ameaçam poderiam ser eliminados por meio de uma distribuição apropriada dessa riqueza entre os homens, parece agora que a ênfase se deslocou do material para o mental. A questão decisiva consiste em saber se, e até que ponto, é possível diminuir o ônus dos sacrifícios intuituais impostos aos homens, reconciliá-los com aqueles que necessariamente devem permanecer e fornecer-lhes uma compensação. É tão impossível passar sem o

que permeavam as relações homem/natureza ou homem/homem, não seria possível a composição de uma aura que possibilitasse o nascimento cultural das sociedades que se sucederam, aura esta que se transformaria, mais tarde, no Direito.

Dessa forma, o desenvolvimento de regras que visam regular convivência torna-se indispensável ao intento civilizatório tentando controlar a natureza bélica daquele homem que tendia à humanidade, à humanização, dando início ao desenvolvimento de compilações legais que foram se intensificando ao longo da história¹³.

1.1.2 O Aparecimento do Estado de Direito

A jornada de desenvolvimento do direito percorre, através dos tempos, vários níveis normativos e sistêmicos em um processo que estabelece as diretrizes basais das sociedades contemporâneas que têm, ulteriormente e por excelência, o constitucionalismo¹⁴ como aporte normativo¹⁵.

controle da massa por uma minoria, quanto dispensar a coerção no trabalho da civilização, já que as massas são preguiçosas e pouco inteligentes; não têm amor à renúncia instintiva e não podem ser convencidas pelo argumento de sua inevitabilidade; os indivíduos que as compõem apóiam-se uns aos outros em dar rédea livre a sua indisciplina. Só através da influência de indivíduos que possam fornecer um exemplo e a quem reconheçam como líderes, as massas podem ser induzidas a efetuar o trabalho e a suportar as renúncias de que a existência depende. Tudo correrá bem se esses líderes forem pessoas com uma compreensão interna superior das necessidades da vida, e que se tenham erguido à altura de dominar seus próprios desejos instintuais. Há, porém, o perigo de que, a fim de não perderem sua influência, possam ceder à massa mais do que esta a eles; por conseguinte, parece necessário que sejam independentes dela pela posse dos meios de poder à sua disposição. Expressando-o de modo sucinto, existem duas características humanas muito difundidas, responsáveis pelo fato de os regulamentos da civilização só poderem ser mantidos através de certo grau de coerção, a saber, que os homens não são espontaneamente amantes do trabalho e que os argumentos não têm valia alguma contra suas paixões.

¹³ FREUD, Sigmund. O Futuro de uma Ilusão. Rio de Janeiro; Imago, 1997.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1: É possível identificar pelo menos quatro sentidos para o constitucionalismo. Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário, Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas, Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades, Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

Usaremos, aqui, as três primeiras acepções para a compreensão do termo Constitucionalismo, pois tratamos do seu desenvolvimento e aplicabilidade.

¹⁵ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1.

A sociedade que nasceu da necessidade humana de aglomeração, tanto física como de interesses, tinha, sem dúvidas, a função da autoproteção, portanto, servir à humanidade, assim como o direito¹⁶, que sempre foi o instrumento do uso do poder, posto que o surgimento do direito costumeiro ocorreu com a associação do próprio homem em comunidade¹⁷.

A expansão das sociedades deu lugar ao Estado e, por conseguinte, a multiplicação do seu poder. Esta expansão, ocorrida de maneira a programar e atender necessidades particulares, foi responsável pelo desenvolvimento de formas nocivas de governo¹⁸.

A oligarquia, a aristocracia, o absolutismo, o totalitarismo tiveram, durante séculos, uma ascensão crítica pelo mundo. Porém, a ascensão do direito consegue, lentamente, inverter essa trajetória dando lugar à democracia como forma de governo que privilegia a vontade da maioria, “inaugurando” e fortalecendo o constitucionalismo¹⁹.

Entretanto, a ideia de um constitucionalismo fora pensada outrora, muito antes dos tempos modernos ou contemporâneos, dos regimes totalitários ou das monarquias que se seguiram pelo mundo, trata-se de um pensamento filosófico que ganhou robustez através do desenvolvimento e o avanço dos direitos sociais ao redor do globo ao longo dos séculos²⁰. Horta diz:

A ideia de Constituição é antiga e pode ser localizada na Grécia e em Roma, no domínio do pensamento filosófico e político. Aristóteles concebeu a Constituição – a politeia – como sendo o elemento que confere forma à cidade, aquele que a constitui. Sócrates identificava a Constituição como a alma da cidade.

O que vem a ser, então, a Constituição?

Ferreira²¹ traz algumas definições, vejamos:

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. Saraiva: São Paulo, 1979. p. 8.

¹⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Separação de Poderes no Brasil. Brasília: PrND, 1985. p. 39.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 35.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 37.

²⁰ HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 53.

²¹ FERREIRA, Luiz Pinto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1995. p.10.

Segundo Orban uma Constituição é a lei fundamental do Estado, anterior e superior a todas as outras. Para Lestrade ela fixa as relações recíprocas entre governantes e governados. De conformidade com Cooley, é o corpo de regras e máximas segundo as quais os poderes da soberania são habitualmente exercidos. Outro jurista americano, Watson, declara: é um instrumento escrito que discrimina os poderes e suas limitações, separa as funções e define a autoridade de cada ramo do governo. O jurista francês Maurice Hauriou expressa que a Constituição de um Estado é o conjunto de regras relativas ao governo e à vida da comunidade estatal, considerada desde o ponto de vista da existência fundamental desta. Na definição de Jellinek, a Constituição dos Estados abraça os princípios jurídicos que designam os órgãos supremos do Estado, os modos de sua criação, suas relações mútuas, fixam o círculo de ação e a situação de cada um deles com respeito ao poder do Estado.

Tomando as próprias palavras de Ferreira²², pode-se afirmar que a Constituição “é a lei fundamental do Estado, isto é, a ordem jurídica fundamental do Estado. Essa ordem se baseia no ambiente histórico-social, econômico e cultural onde a Constituição mergulha as suas raízes”.

Vemos, então, que a definição de Constituição tende a abarcar cada vez mais parâmetros, agregando mais princípios ao bojo da sua normatização e jurisdição, fortalecendo a força jurídico/legal que emana²³.

Como consequência do fortalecimento das constituições, do desenvolvimento do constitucionalismo no Estado Moderno e da evolução dos ideais democráticos nasce o Estado de Direito que fulmina o absolutismo reinante se constituindo na base mais promissora para dar os primeiros contornos do Estado Constitucional²⁴.

O Estado de Direito e todo o revestimento legal que o sustenta, edificou-se em uma tentativa bem sucedida de abolição do autoritarismo e a consequente submissão dos governos ao império do direito, das leis²⁵.

²² FERREIRA, Luiz Pinto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 10.

²³ FERREIRA, Luiz Pinto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 10.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 38.

²⁵ LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2002. p. 87.

A rigidez do *Ancien Régime* foi condenada ao ocaso para não mais erigir-se com a robustez que ostentava. A Revolução Francesa, como continuidade da Revolução Inglesa, pôs fim às práticas absolutistas²⁶.

Toma lugar a “limitação do poder do Homem-povo, do Homem-cidadão, do Homem-político, do Homem que faz a lei, que governa, ou se deixa governar”²⁷, daí, então, o desenvolvimento da representatividade, da necessidade da legitimidade e do poder constituinte e constituído. Nasce o constitucionalismo moderno.

Surgia, então, uma nova ordem que não simbolizava apenas um arranjo histórico adaptando o momento político social vivido, mas sim o ajustamento contratual das vontades individuais postas de forma a definir a nova ordem política que nascera²⁸.

Bonavides²⁹ sustenta que a queda da monarquia, somada à conseqüente ascensão da burguesia³⁰, deu lugar à era do constitucionalismo e à institucionalização da “força do Direito em lugar do direito da força”³¹.

A derrocada do *Ancien Régime*, então simbolizada pela queda da Bastilha, carregava consigo a velha ordem moral e social que se ergueu e sustentava-se na injustiça, na desigualdade e nos privilégios sob a égide do absolutismo que, àquela altura, estava em colapso. Todo esse processo também simbolizou a libertação das classes sociais, que agora se coloca independente política e civilmente.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 38.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 38.

²⁸ CANOTILHO, JOSÉ Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 57.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40.

³⁰ Note-se que a Revolução Francesa foi uma revolução originada no grande apelo burguês pela legalização política, por isso é denominada de Revolução Burguesa (Bonavides, 2007).

³¹ A queda da monarquia ocorreu por meio de fatores históricos afastados por um intervalo de pouco mais de 150 anos. Teve seu início marcado pela Revolução inglesa de 1688 – processo que teve início com a Revolução Puritana em 1640 e terminou em 1688 com a Revolução Gloriosa – produzindo como substrato a chamada Bill of Rights (Carta de Direitos), e seu fim significado pela revolução Francesa, iniciada em 1789 e seu término data do ano de 1799, tendo como documento a Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão).

Este mesmo processo se estende à burguesia que se desprende da submissão inerte que mantinha com monarquia absolutista selando uma aliança armada revolucionária com as massas contra o regime absolutista³².

As mudanças providas da Revolução Francesa deram início à Era do Constitucionalismo, tendo como expressão, primeira, o Estado de Direito³³ que é fruto do esforço empenhado para o desenvolvimento do direito como instituição. O Estado de Direito nasce como um dos desdobramentos do Estado Contemporâneo³⁴.

Bobbio³⁵ sistematiza a estrutura do Estado de Direito da seguinte forma:

- 1) Estrutura formal do sistema jurídico, garantia das liberdades fundamentais com a aplicação da lei geral-abstrata por parte de juízes independentes.
- 2) Estrutura material do sistema jurídico: liberdade de concorrência no mercado. reconhecida no comércio aos sujeitos da propriedade.
- 3) Estrutura social do sistema jurídico: a questão social e as políticas reformistas de integração da classe trabalhadora.
- 4) Estrutura política do sistema jurídico: separação e distribuição do poder.(F. Neumann. 1973).

Martinez³⁶ assevera que o Estado de Direito está calcado em três princípios³⁷ basilares para sua existência, quais sejam, o Princípio da Legalidade, dos Direitos humanos³⁸ e o da Separação de Poderes.

³² BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40.

³³ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40.

³⁴ BOBBIO, MATTEUCI e PASQUINO, Norberto, Nicola e Gianfranco. Dicionário de Política. Brasília: UnB, 2007. p. 401.

³⁵ BOBBIO, MATTEUCI e PASQUINO, Norberto, Nicola e Gianfranco. Dicionário de Política. Brasília: UnB, 2007. p. 401.

³⁶ MARTINEZ, Vinício C. Estado de Direito. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 918, 7 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7786>>. Acesso em: 2 out. 2011.

³⁷ Branco, Coelho e Mendes (2008). Princípio da Legalidade: obediência e respeito à lei, esta lei deve provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas de acordo com as regras de processo legislativo constitucional.

Princípio dos Direitos humanos: consagração dos direitos do homem, como pessoa humana, e assim, devendo sua dignidade ser respeitada.

Princípio da Separação dos Poderes: parafraseando a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, afirma que a sociedade que não assegura a separação dos poderes estatais não tem constituição.

³⁸ O Princípio dos Direitos Fundamentais oferece pouca precisão ao determinar seu alcance, a este respeito Pérez Luño (2003) escreveu:

Canotilho³⁹ define com clareza os limites do estado de Direito e, ao fazê-lo negativamente, estabelece o parâmetro necessário para o desenvolvimento da esfera de poder tutelada pelos direitos civis e tutela desses mesmos direitos.

Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo *direito*. 'Estado de não direito' será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito.

O estado de Direito alicerçou-se nos Estados ocidentais que dispunham dos fatores circunstâncias necessários ao seu estabelecimento, mais especificamente em países europeus, posteriormente, em países do continente americano⁴⁰.

Isto se deve, em grande parcela, a certo movimento hiperbólico do direito onde, tendo atravessado períodos de incerteza de legitimidade e legalidade, retorna a privilegiar do homem e os direitos ele inerente, nas suas relações mútuas e

Teniendo presente su planteamiento se pueden distinguir tres tipos de definiciones de los derechos humanos:

a) Tautológicas; que no aportan ningún elemento nuevo que permita caracterizar tales derechos. Así, por ejemplo, «los derechos de hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombre».

b) Formales, que no especifican el contenido de estos derechos, limitándose a alguna indicación sobre su estatuto deseado o propuesto. Del tipo de: «los derechos de hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado».

c) Teleológicas, en las que se apela a ciertos valores últimos, susceptibles de diversas interpretaciones: «Los derechos del hombre son aquellos imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización [...]».

Es evidente que sobre ideas tales como la del perfeccionamiento de la persona humana, el progreso social, o el desarrollo de la civilización, existen las más diversas y controvertidas opiniones que dependen de la perspectiva ideológica desde la que se las interprete. De ahí que, si puede existir un acuerdo inicial sobre la fórmula general de estas definiciones, tal acuerdo se desvanece en cuanto es preciso concretar el sentido de los valores a los que se remiten, o en cuanto se pasa de su enunciado verbal a su aplicación. Por ello, en lo que respecta a su resultado, esta definición es tan vaga como las precedentes. En todo caso, ninguna de ellas permite elaborar una noción de los derechos humanos con límites precisos y significativos.

[...]

El desacuerdo no ha sido privativo de la especulación filosófica, y el hecho de que se hayan producido a escala internacional algunos documentos que parecen reflejar un amplio consenso sobre la necesidad de reconocer los derechos humanos, no debe interpretarse como el reflejo de una concepción unánime de su significado. «Cuéntase -nos dice Jacques Maritain- que en una de las reuniones de una Comisión nacional de la Unesco, en que se discutía acerca de los derechos del hombre, alguien se admiraba de que se mostraran de acuerdo sobre la formulación de una lista de derechos, tales y tales paladines de ideologías frenéticamente contrarias. En efecto, dijeron ellos, estamos de acuerdo tocante a estos derechos, pero con la condición de que no se nos prequente el porque».

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 11.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 24.

com o Estado, diferentemente dos períodos onde, com base no ideário do positivismo jurídico, ocorreram avanços sobre os direitos fundamentais. O Estado de Direito é, de certa forma, um produto do “renascimento do direito natural” que, segundo Bobbio⁴¹, se dá em ciclos.

O Estado de Direito é um marco na evolução das relações entre poder e direito, pois estabelece, exatamente, a submissão deste em relação àquele. O sistema político, ao qual chamamos de Estado, atua de maneira limitada instrumentalizado pelo direito⁴².

Guardemos, porém, a noção de que Estado e Direito são conceitos similares. A expressão “Estado de Direito” é usada para diferenciá-lo de outras realidades político estatais⁴³. Com efeito, a definição “Estado de Direito” é, pois, um pleonasma, não havendo o que distinguir entre os dois conceitos implicando que se não existe Direito, não pode existir Estado⁴⁴.

1.1.3 A Ascendência ao Estado Constitucional

Verificamos, na maior parte dos sistemas regidos pela Lei, contínuas quebras e violações dos direitos fundamentais, sejam amparadas pela voracidade do desenvolvimento tecnológico, pela hegemonia de empresas multinacionais, pela ação de grupos terroristas ou mesmo pelo desejo político de se lançar e permanecer

⁴¹ BOBBIO, Norberto. Locke e o Direito Natural. Brasília: UnB, 1997. pp. 22/23:

Diante de uma doutrina que continua a renascer, estaríamos tentados a afirmar que, em realidade, ela nunca chegou a morrer. Recentemente, em um grosso volume pensado em alemão e escrito em inglês, Arnold Brecht sustentou uma outra tese: podemos conceber toda a história do pensamento jurídico como uma sucessão contínua de períodos jusnaturalistas e antijusnaturalistas. Em uma tabela que resume as suas idéias, Brecht distingue, dos gregos aos nossos dias, oito períodos, quatro de esplendor e quatro de eclipse do direito natural.

Períodos de ascensão e declínio do direito natural, segundo Brecht

1) A Grécia antiga, Cícero, os juristas romanos	esplendor
2) A era patrística, Santo Agostinho	eclipse
3) A era escolástica, Santo Tomás	esplendor
4) De Bodin a Hobbes	eclipse
5) Locke e o chamado jusnaturalismo moderno	esplendor
6) O empirismo inglês: Hume, Bentham, Mill	eclipse
7) O idealismo alemão, de Kant a Hegel	esplendor
8) O positivismo do século XIX com o correlato relativismo dos valores	eclipse

⁴² FREIRE, Antonio Manuel Peña. La Garantía em El Estado Constitucional de Derecho. Madrid: Trotta, 1997. pp. 41/43.

⁴³ KELSEN. Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 263.

⁴⁴ KELSEN. Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 315/316.

no poder com avidez. Essas violações, por vezes, revestem-se de legalidade com o costume jurídico/político estabelecido sob o signo do Estado de Direito⁴⁵.

O Estado de Direito se revelou frágil no controle dos avanços sobre os direitos fundamentais⁴⁶ e não demonstra a capacidade de dar continuidade ao desenvolvimento do direito com os parâmetros constitucionais da legitimidade em contraposição à legalidade, vez que se encontra alicerçada na assertividade da lei. Para conceder novo ânimo á construção positivista surge o Estado Constitucional⁴⁷.

O Estado Constitucional de Direito ou, tão somente, o Estado Constitucional ergue-se como vicissitude do Estado de Direito. O modelo jurídico/político inaugurado pelo positivismo jurídico é transformado para a elevação ao novo conceito de Estado⁴⁸.

Os princípios basilares do Estado que surge são elevados ao *status* constitucional, sofrendo um acréscimo virtuoso em seus conceitos⁴⁹:

a supremacia constitucional e dos direitos fundamentais, sejam de natureza social liberal, b) a consagração do princípio da legalidade como vinculação efetiva aos poderes públicos e c) pela funcionalização à garantia da fruição, por todos os poderes do Estado, dos direitos de caráter liberal e a efetividade dos de caráter sociais⁵⁰.

Há grande semelhança entre os preceitos do Estado de Direito e o sistema jurídico-político que surge. O Estado Constitucional distingui-se do Estado de Direito pela transposição da supremacia da lei pela supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais, pelo deslocamento do princípio da legalidade para o princípio da constitucionalidade, a separação dos poderes toma contornos menos

⁴⁵ LUÑO, Antonio-Enrique Perez. Los Derechos Fundamentales. Madrid: Tecnos, 2007. p. 27.

⁴⁶ LUÑO, Antonio-Enrique Perez. Los Derechos Fundamentales. Madrid: Tecnos, 2007. p. 27.

⁴⁷ LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2002. p. 82.

⁴⁸ FREIRE, Antonio Manuel Peña. La Garantía em El Estado Constitucional de Derecho. Madrid: Trotta, 1997. p. 37.

⁴⁹ FREIRE, Antonio Manuel Peña. La Garantía em El Estado Constitucional de Derecho. Madrid: Trotta, 1997. p. 37.

⁵⁰ Tradução livre - la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, sean de naturaleza liberal social, b) la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo a derecho de todos los poderes públicos y c) por la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute de los derechos de carácter liberal y la efectividad de los sociales.

segregadores de suas funções para operacionalizar a interdependência dos poderes⁵¹.

Os elementos do sistema jurídico/político inaugurado pela doutrina constitucional, que são criações das chamadas constituições democráticas, são formados de matérias reais e ideais, que ainda não foram suficientemente convergentes em nenhum Estado Constitucional, mas que apontam tanto para a *perfeição* como para o vislumbre daquilo que é possível, daquilo que, como sendo, o é. Estes elementos podem ser descritos da seguinte forma⁵²:

a dignidade humana como premissa, exercida a partir da cultura de um povo e dos direitos universais da humanidade, experimentados desde a individualidade desse povo que encontra sua identidade em tradições e experiências históricas e suas esperanças nos desejos e a vontade de criar o futuro; o princípio da soberania popular, entendida, não como competência para a arbitrariedade, nem como magnitude mística sobre os cidadãos, porém, como fórmula que caracteriza a união renovada, constantemente na vontade e na responsabilidade pública; a Constituição como contrato, cujo marco torna possíveis e necessários fins educativos e valores orientadores; o princípio da divisão de poderes, tanto em sentido estrito, relativamente ao Estado, como no sentido amplo do pluralismo; os princípios do Estado do Direito e do Social, se fundem formando o Estado de Cultura ("*Kulturstaat*") Aberto, as garantias dos Direitos Fundamentais; a independência do Judiciário, etc. Tudo isso se incorpora a uma Democracia Cidadã constituída pelo pluralismo.

Logo, vemos que o princípio da dignidade humana compreende tanto o direito à identidade cultural das tradições como a certeza da extensão desse direito ao futuro; por soberania popular não se trata, aqui, da vontade arbitrária da maioria e

⁵¹ LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2002. p. 84.

⁵² HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2007. pp. 81/82.

Tradução livre - la dignidad humana como premissa, realizada a partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individuad de ese pueblo, que encuentra su identidad en tradiciones y experiencias históricas y sus esperanzas en los deseos y la voluntad creadora hacia el futuro; el principio de la soberania popular, pero entendida no como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública; la Constitución como contrato, en cuyo marco son posibles y necesarios fines educativos y valores orientadores; el principio de la división de poderes tanto en sentido estricto, relativo al Estado, como en el sentido amplio del pluralismo; los principios del Estado de derecho y el Estado social, lo mismo que el principio del Estado de cultura ("*Kulturstaat*") abierto, las garantías de los derechos fundamentales; la independencia de la jurisdicción, etcétera. Todo esto se incorpora en una democracia ciudadana constituída por el principio del pluralismo.

sim do próprio princípio da constitucionalidade; o Estado Constitucional está, sobremaneira, submetido ao primado constitucional⁵³.

A separação dos poderes não atinge somente aos poderes do Estado, abrange também os poderes sociais; o Estado Constitucional funde os princípios do Estado de Direito, da sociedade Aberta⁵⁴, das garantias dos direitos fundamentais e da independência da jurisdição constitucional⁵⁵.

O princípio da separação dos poderes sofre, desta forma, uma ruptura drástica em seu conceito clássico realizando, em seu lugar, a interdependência dando maior equilíbrio às relações entre poderes⁵⁶. Ressalte-se, porém, que a limitação dos poderes garante as liberdades individuais onde cada poder exerce controle sobre os demais, evitando, assim, o levante de um superpoder⁵⁷.

Não obstante, atentemos para o modelo do núcleo essencial⁵⁸ onde restam resguardadas as funções inerentes a cada órgão de poder confiando-lhes competências materialmente diferenciadas. A interdependência permite um movimento osmótico das competências dos órgãos de estado, porém, estes mesmos órgãos têm um campo de tarefa típico que, uma vez suplantados, incorre-se na transgressão do princípio da separação.

Logo, não se trata mais de separar limitadamente os poderes do Estado, segundo asseverou Montesquieu, mas de atribuir-lhes funções de tal forma que estes poderes possam desempenhar, acessoriamente, a fiscalização e o controle, uns sobre os outros⁵⁹.

⁵³ HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2007. pp. 81/82.

⁵⁴ A sociedade aberta é um conceito que foi originalmente criado pelo filósofo Henri Bergson. Em sociedades abertas o governo é responsável e tolerante, e os mecanismos políticos são transparentes e flexíveis.

⁵⁵ HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2007. pp. 81/82.

⁵⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 2003. p. 23.

⁵⁷ CANOTILHO, JOSÉ Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 551.

⁵⁸ CANOTILHO, JOSÉ Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 551.

⁵⁹ FERREIRA, Luiz Pinto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 99.

Cuida-se da consagração, ou mais, da supervalorização do sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos) descrito inicialmente pelo próprio Montesquieu⁶⁰ ou do *equilibrium of powers* (equilíbrio entre poderes) idealizado por Bolingbroke⁶¹ que também se ocupa de um sistema recíproco de controle dos poderes de Estado.

A iniciativa legislativa não pode, por conseguinte, ser apartada das outras funções de estado, ou seja, o órgão legislativo concorrendo com a exclusividade da competência legislativa em oposição ao Executivo e Judiciário é matéria preclusa. A denominação como órgão legislativo se deve à maior relevância da criação de normas gerais⁶².

As inovações trazidas pelo modelo jurídico/político da doutrina constitucionalista vão além do veto presidencial e sua apreciação pelo Congresso, da fixação número e da nomeação dos membros do Poder Judiciário, da determinação de sua jurisdição e da declaração de inconstitucionalidade das leis e dos atos administrativo, se estende à delegação legislativa⁶³.

O aparelho constitucional deixa de ser um aglomerado de normas rígidas para se fundar como um sistema múltiplo de referências, crenças e valores compartilhados pelo Estado, transformando a Constituição “em algo vivo”, dando-lhe uma “dimensão cultural”⁶⁴.

Häberle⁶⁵ se lança ao conceito do Estado Constitucional. Antes, porém, considera alguns pontos relevantes, tanto à sua edificação quanto ao seu prolongamento ponderando que se trata de um Estado livre e democrático, mas não imutável.

O desenvolvimento do conjunto de elementos estatais e democráticos, dos direitos individuais e fundamentais e dos direitos sociais e culturais não cessa

⁶⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168.

⁶¹ BARREL, Rex A. Bolingbroke and France, Lanham: Unyversity Press of America, 1988. pp. 79/80.

⁶² KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 390.

⁶³ FERREIRA, Luiz Pinto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁶⁴ LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2002. p. 83.

⁶⁵ HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 6.

com o estabelecimento do Estado Constitucional como realidade jurídica, mas configura-se em uma ordem que doravante continua a se edificar tendo a teoria constitucional como esteio⁶⁶.

As Constituições são aspectos básicos da expressão e transmissão da cultura e, portanto, são veículos idôneos para a reprodução e recepção de experiências culturais e soluções jurídico/políticas. Desse fato, Häberle atribui aos preâmbulos e aos símbolos constitucionais, enquanto sinais de identidade e elementos definidores da sociedade aberta sobre a qual se constrói o Estado Constitucional⁶⁷.

Essa é a premissa do Estado Constitucional ocidental que, em sua acepção, é tido como modelo atual de estado e que, para tanto, deve permanecer em movimento, em processo de modificação. A estrutura constituída (delimitação jurídica, normas) do Estado Constitucional deve proporcionar mobilidade para sua estrutura aberta (aproximação dos conceitos jurídicos com a realidade)⁶⁸.

Então, Häberle⁶⁹ compreende o Estado Constitucional da seguinte maneira:

O conceito "Estado Constitucional" somente pode ser esboçado aqui como o Estado em que o poder público é juridicamente constituído e limitado através de princípios constitucionais materiais e formais: Direitos Fundamentais, Estado Social de Direito, Divisão de Poderes, independência dos Tribunais, - em que ele é controlado de forma pluralista e legitimado democraticamente. É o Estado no qual o (crescente) poder social também é limitado através da "política de Direitos Fundamentais" e da separação social (por exemplo, "publicista") de poderes.

Segundo Luño⁷⁰, a forma planeada por Häberle exige a "legitimação democrática⁷¹ e um controle pluralista do poder político e também dos poderes sociais".

⁶⁶ HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 1/2.

⁶⁷ LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2002. p. 83.

Tradução livre - Las Constituciones son aspectos básicos de la expresión y transmisión de la cultura y, por tanto, son vehículos idóneos para la reproducción y recepción de experiencias culturales e soluciones jurídico-políticas. De ahí, la importancia que Häberle atribuye a los preámbulos y a los símbolos constitucionales em cuanto señas de identidad y elementos definitorios de la sociedad abierta sobre la que se construye todo Estado Constitucional.

⁶⁸ HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 1/2.

⁶⁹ HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 6.

O Estado Constitucional, em contraposição ao Estado de Direito que tem a lei como centro do ordenamento, é regido por preceitos constitucionais. A lei deixa de ser o cerne do ordenamento jurídico para estabelecer a Constituição como parâmetro para todo o comportamento legal do Estado⁷².

Temos, então, mais uma vez delineada, a supremacia da Constituição servindo de orientação para comportamento jurídico/político do Estado⁷³, funcionando, ainda, como indicação abstrata para o tipo ideal de Estado, característica peculiar das chamadas sociedades abertas⁷⁴ onde existe certa permissividade à construção cultural da normatização.

Outro fator relevante que modela o Estado Constitucional é o conceito do pluralismo de fontes jurídicas, uma das grandes inovações da doutrina constitucional. O pluralismo confronta a posição hierarquizada e rígida das fontes clássicas do ordenamento jurídico estabelecendo uma *área* de liberdade que facilita a autodeterminação das organizações sociais⁷⁵.

Vemos, em tal caso, que o modelo jurídico/político do Estado Constitucional não é uma realidade subsistente de um conjunto de princípios precisos ou um aglomerado de normas constitucionais e não está, portanto, restrito ao *ser*, é, sobretudo, um *dever ser* que incorpora uma gama de valores, fins e exigências que lhe constituem de modo imperativo para concretizar seu modelo normativo que tem uma forte carga axiológica voltada às garantias e direitos fundamentais⁷⁶.

⁷⁰ LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2002. pp. 82/83.

⁷¹ **Aplicada ao Princípio da Constitucionalidade.**

⁷² **Deve-se entender o Estado, na particularidade do conceito ora expresso, a partir do conceito de nação.**

⁷³ HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 6.

⁷⁴ LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2002. p. 83.

⁷⁵ LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2002. p. 64: O pluralismo jurídico implica em uma derrogação das idéias de monopólio e de hierarquia normativa, assim como uma erosão imediata do protagonismo da lei.

⁷⁶ FREIRE, Antonio Manuel Peña. La Garantía em El Estado Constitucional de Derecho. Madrid: Trotta, 1997. p. 38.

Vemos então que existe uma permissividade jurídico/política, nesse novo modelo constitucional, que privilegia o desenvolvimento e a efetivação dos direitos fundamentais. Esta permissividade, significada pela constante movimentação e pelo processo de atualização, não pode ser tomada pela confusão de competências dos poderes instituídos do Estado. veremos, então, o papel destes poderes na nova doutrina que se nos apresenta.

1.2 O Legislativo e o Estado Constitucional

Iniciemos pela premissa de que a função legislativa tem como objetivo criar e modificar os parâmetros do ordenamento jurídico, instituindo normas abstratas e gerais. Esta é a visão simplista que delimita a atuação do legislativo de uma forma generalista e precípua nos Estados⁷⁷.

Por outro lado, constatamos que em nenhum Estado moderno consta cravada em sua ordem jurídica a exclusão da tarefa de criação de normas jurídicas gerais, ou seja, da criação do modelo legal, pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas⁷⁸.

Tomando como exemplo a realidade brasileira, temos a Emenda Constitucional n. 32 e a Emenda Constitucional n. 45 que atribuem competências legislativas à Presidência da República e ao Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Cabe, então, ao órgão designado legislativo, dentre outras, a tarefa de delegar aos órgãos, executivo e judiciário, as competências legislativas para adequar as necessidades jurídicas, ou seja, legislar⁷⁹.

Então qual a função mais adequada para imprimir-se como exclusividade do Órgão Legislativo?

⁷⁷ FIUZA e COSTA, Arnaldo Malheiros e Mônica Aragão Martiniano Ferreira. Aulas de Teoria do Estado. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 194.

⁷⁸ KELSEN. Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 386/387.

⁷⁹ KELSEN. Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 386/387.

Tendo em vista que marco primeiro da positivação dos Direitos Fundamentais é o constitucional e a competência legislativa para a positivação é, primeiramente, uma questão de controle, este questionamento só pode ser respondido com a afirmação de que cabe ao legislativo a função da positivação dos direitos fundamentais, desenvolvendo e estabelecendo esses direitos, alicerçados, desta forma, pelo princípio da legalidade⁸⁰.

Não obstante, a tarefa mais importante do Poder Legislativo no Estado Constitucional é reproduzir o princípio da legitimidade, que aqui devemos compreender como princípio da constitucionalidade, através da aplicação de técnicas constitucionais na positivação dos direitos fundamentais⁸¹.

Relativamente aos parâmetros exigidos pela teoria do Estado Constitucional, o *novo* conceito do princípio da separação dos poderes opera a atribuir ao Legislativo não somente a competência para a positivação dos direitos fundamentais, mas a possibilidade de delegação de partes dessa competência⁸².

Não é demais asseverar que uma vez estabelecidos os direitos fundamentais não podem sofrer quaisquer alterações que lhes diminuam, que lhes restrinjam o alcance ou atuação por se tratarem de *numerus clausus*, descansando em um patamar superior do plano constitucional, porém, podem ser ampliados. A delegação proporciona, aos demais poderes, essa ampliação⁸³.

⁸⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 2003. p. 97.

⁸¹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 2003. p. 97.

⁸² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 2003. p. 97.

⁸³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 2003. p. 97/99.

1.3 O Judiciário e o Estado Constitucional

A função primeira do Poder Judiciário é a solução das demandas que lhe são postas em respeito à Constituição e às leis em geral⁸⁴, ou, a aplicação de normas na solução de conflitos⁸⁵.

Esquemático pelo pensamento liberal, o papel da jurisdição não compreendia a criação de normas gerais e, tampouco, a atuação no terreno dos direitos fundamentais. Restringia-se à aplicação das normas legislativas preconcebidas⁸⁶.

Contudo e apesar de estar autorizado à criação de normas individuais, com base em normas gerais, e atuar legislativamente ao declarar a inconstitucionalidade de leis e atos administrativos, a jurisdição exerce a função legislativa, com propriedade, quando exara decisões que se tornam precedentes para outros casos similares⁸⁷.

Como decisões normativas, emanadas pelo Poder Judiciário, podemos destacar as súmulas vinculantes editadas pelos tribunais superiores, as decisões sob o regime da repercussão geral utilizado pelo Supremo Tribunal Federal ou as instruções eleitorais produzidas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Segundo Luño⁸⁸, a crise do positivismo jurídico teve um papel determinante no progressivo reconhecimento e atribuição de faculdades legislativas ao magistrado. Tal crise operou-se da resistência da lei em oposição ao reconhecimento dos direitos fundamentais.

⁸⁴ FIUZA e COSTA, Arnaldo Malheiros e Mônica Aragão Martiniano Ferreira. Aulas de Teoria do Estado. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 205.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 554.

⁸⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 2003. p. 104.

⁸⁷ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pp. 368-389.

⁸⁸ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 2003. p. 104.

Ao juiz é reconhecido o papel essencial da proteção dos direitos fundamentais, seja em contraposição aos interesses do Estado ou mesmo em desfavor de interesses privados⁸⁹.

Subsiste, então, o pensamento de que, no modelo que se apresenta, cabe ao Judiciário a tarefa solidária de preencher as lacunas que possam surgir da positivação dos interesses e direitos fundamentais, ou seja, legislar em matéria de direitos fundamentais sob influência da necessidade real, tendo sempre como princípios as disposições constitucionais ou legais⁹⁰.

Ademais, a ideia de um Direito que, em primeira⁹¹ e última análise, nasce da necessidade de proteger o homem da ação do próprio homem⁹² é a base dos chamados direitos fundamentais que, tardiamente, se confirmam com o implemento do Estado de Direito. Cabe, então, ao Estado Constitucional a concretização dos direitos e garantias fundamentais a partir de um novo pacto social ou constitucional⁹³.

Este pacto é corroborado pelos órgãos de poder instituídos das capacidades e das funções delegadas pela Constituição. Mais especificamente, vimos que a função legislativa cabe, com prioridade, ao poder legislativo, que é o detentor legitimado para a tarefa. Contudo, a delegação da função legislativa é característica *sine qua non* para o desenvolvimento da doutrina constitucional.

É imperativo esclarecer que a delegação, ora referida, está voltada ao atendimento da concretude dos direitos fundamentais. Logo, em referência direta à delegação da função legislativa em favor da jurisdição, ao legislativo cabe, com maior ênfase, a elaboração de regras gerais devendo concentrar o maior volume desta tarefa, cabendo ao judiciário, subsidiariamente, legislar sobre direitos fundamentais onde não se posiciona o legislador – ou por omissão ou pela

⁸⁹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 2003. p. 104.

⁹⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 2003. p. 108.

⁹¹ FREUD, Sigmund. O Futuro de uma Ilusão. Rio de Janeiro; Imago, 1997. p. 12.

⁹² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 166.

⁹³ LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2002. p. 98.

exiguidade temporal à qual as necessidades dos direitos fundamentais estão expostas – observando os preceitos constitucionais⁹⁴.

As transformações ocorridas em certos princípios constitucionais basilares ao Estado de Direito são necessárias para o desenvolvimento da doutrina constitucionalista. Isto é fato. Especificamente, sobre o princípio da separação dos poderes, observamos o seu deslocamento conceitual atenuando sua rigidez dando lugar à interdependência dos órgãos de poder e a conseqüente robustez dos dispositivos constitucionais que fundam esta interdependência.

Estes dispositivos conferem complementaridade às funções dos órgãos de Estado, dentre eles, destacaremos, aqui, o artigo 52, inciso X e sua função na Constituição Federal de 1998, que é o objeto deste estudo.

⁹⁴ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 2003. p. 99.

2 O HISTÓRICO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998

Como vimos, o advento do Estado Constitucional impôs e impõe nova acepção ao princípio da separação de poderes rompendo radicalmente com a divisão unitária dos poderes do Estado, como fora pensado por Montesquieu⁹⁵. A inserção de alguns dispositivos constitucionais deram condições para o implemento dessa nova realidade operacional constitucional, qual seja, a interdependência dos poderes do Estado como garante dos direitos fundamentais.

Dentre essas ferramentas, destacaremos, doravante, os princípios insculpidos no artigo 52, inciso X da Constituição Federal brasileira. Antes, porém, de lançarmo-nos ao estudo da função do artigo e na sua construção histórica no orbe constitucional, é prudente esclarecer do que trata a separação de poderes e como se deu a sua inclusão no universo constitucional pátrio, dado que este princípio é o sementeiro para a existência da interpenetração de funções entre os poderes.

2.1 A Separação de Poderes e o Sistema de Freios e Contrapesos

Com a devida vênia e por cuidados circunspectos, não é demais salientar, por anterioridade, que Montesquieu concebia o poder Judiciário como um poder nulo pelo fato de não ter uma atribuição específica ou a estrutura física de órgão de Estado, destacado para promover a justiça, ou estar ligado a uma “profissão”, sendo um ofício “sazonal” desenvolvido pelo poder administrativo ou pelo legislativo, como era o costume da época⁹⁶.

Outro ponto que merece distinção é a origem da teoria da separação de poderes idealizada por Montesquieu. Não se trata do desenvolvimento de um sistema de governo ideal onde a divisão de poderes estatais tem um papel específico. A separação dos poderes do Estado fora pensada para resolver os problemas advindos do despotismo, do totalitarismo que infringia restrições de toda

⁹⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168.

⁹⁶ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado – Montesquieu e o Pensamento de Liberdade do Século XVIII. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 270.

ordem às liberdades dos cidadãos, portanto, é sob a ótica das liberdades individuais que surge o princípio da separação dos poderes do Estado⁹⁷.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, instituída mais de 40 anos após a publicação da obra *L'Esprit des Lois* (Do Espírito das Leis), que lhe serviu de inspiração, dispõe a respeito da divisão tripartite em seu Artigo 16º- “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”⁹⁸.

Isto posto, devemos distinguir com clareza o objeto estabelecido como variável para a explanação de Montesquieu acerca da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos, qual seja, a liberdade. A liberdade política, a liberdade cultural e o direito à vida, que configura, em última análise, a liberdade constitucional⁹⁹.

Para o Barão, a liberdade de um homem mede-se pela capacidade deste em submeter-se às leis, exprimindo a valoração que cada indivíduo atribui à sua própria segurança¹⁰⁰. Obedecer à lei cria uma órbita legal permissiva que só se rompe com a transgressão desse espaço, pela inobservância dos preceitos legais, desconstituindo a liberdade¹⁰¹.

Deste modo, a separação dos poderes precipitou-se ao mundo jurídico/estatal para refrear os avanços e abusos cometidos pelo poder, revestido na

⁹⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 169.

⁹⁸ PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 14. nov. 2011.

Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLEIA NACIONAL, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os actos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

⁹⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 172.

¹⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado – Montesquieu e o Pensamento de Liberdade do Século XVIII*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 268.

¹⁰¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 172.

figura absoluta do monarca, do déspota. Nasceu do plano de reflexão de que só o poder detém o poder para garantir a liberdade aos cidadãos. O objetivo fundamental da separação dos poderes é a limitação do poder político. Disse Montesquieu¹⁰²

o poder judiciário somado ao poder legislativo num mesmo titular faz um juiz legislador, com poder arbitrário sobre a vida e a liberdade dos cidadãos. Na segunda hipótese - poder judiciário mais poder executivo - temos o juiz com força de um opressor.

Logo, a divisão se faz necessária para evitar a concentração malévola das funções do Estado nas mãos do seu titular de poder que, como homem que é, está sempre predisposto a abusar deste transgredindo com arbitrariedade a esfera de liberdade do homem médio¹⁰³.

Para operacionalizar a separação de poderes não se pode abdicar do controle das funções do estado ou, como bem colocou Bonavides¹⁰⁴, “da imperiosa necessidade de andarem os poderes de concerto”. Assim vem a lume o sistema de freios e contrapesos composto das faculdades de impedir, que contém o direito de tornar nula uma resolução de poder que infrinja as liberdades individuais, e o de estatuir, que consiste no poder de ordenar ou de corrigir ou ordenação emitida por outrem¹⁰⁵.

Fiquemos, então, com as palavras de Soares Pinho acerca da finalidade do Estado e da divisão dos poderes que dele emanam:

Emanação do povo e destinado a protegê-lo e fazer valer seus direitos impostergáveis, buscam os homens descobrir meios e mecanismos que, sem tolher as atividades precípuas do organismo estatal, possam limitá-lo para que não se torne, pela força e pelo poderio de que se investe, no ente nocivo e destruidor [...]¹⁰⁶

¹⁰² MONTESQUIEU apud BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado – Montesquieu e o Pensamento de Liberdade do Século XVIII. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 269.

¹⁰³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168.

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado – Montesquieu e o Pensamento de Liberdade do Século XVIII. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 267.

¹⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado – Montesquieu e o Pensamento de Liberdade do Século XVIII. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 270.

¹⁰⁶ PINHO, A. P. Soares de. Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira. Niterói, 1961. p. 11.

Em resumo, o Estado é uma construção política, jurídica e social. O poder popular descansa em produzir em seus governantes a figura da subordinação e não o contrário. O desenvolvimento dos mecanismos legais de controle e fiscalização entre os poderes oferece ao titular do poder, o povo, a oportunidade de apoderar-se de sua maior prerrogativa, a liberdade¹⁰⁷, ainda que atue negativamente sobre a vida dos cidadãos¹⁰⁸.

2.2 A Separação de Poderes nas Constituições Brasileiras

A história constitucional brasileira se deu em meio a pressões entre a Corte de Lisboa que, à época, abominava a idéia de dar autonomia à província que crescia em força política e econômica e os ideais jurídicos do constitucionalismo que se erguiam no Império. Tais ideais se configuraram como uma das forças mais importantes no processo de Independência brasileiro¹⁰⁹.

A primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824, foi também a primeira a gravar a separação dos poderes como princípio. Denominada de *Constituição Política do Império do Brasil*, portanto, uma Constituição imperialista que tencionava acompanhar, ainda que formalmente, o comportamento modal da época trazendo a inscrição de não três, mas quatro poderes. Eram eles: o Poder Legislativo, o Poder Executivo, o Poder Judiciário e o Poder Moderador¹¹⁰. A respeito de sistemas que contenham, em suas formas, mais ou menos de três poderes Soares Pinho os classifica como “formas discrepantes”¹¹¹.

A despeito da teoria idealizada por Benjamim Constant¹¹², onde o poder moderador continha a tarefa de conduzir o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes do Estado pelas mãos do Imperador que desenvolveria o papel insigne de toda a organização política do Estado brasileiro, a soma deste aos

¹⁰⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Separação de Poderes no Brasil*. Brasília: PrND, 1985.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: UnB, 1997. p. 180.

¹⁰⁹ LIMA, Raul. *O Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1972.

¹¹⁰ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições de Brasil / Compilação e Atualização dos Textos, Notas, Revisão e Índices*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 814.

¹¹¹ PINHO, A. P. Soares de. *Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira*. Niterói, 1961. p. 14.

¹¹² ARINOS apud PINHO, A. P. Soares de. *Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira*. Niterói, 1961. p. 27.

demais poderes provenientes da noção clássica tripartite, institucionalizava o desequilíbrio entre eles dispondo o Monarca, que também figurava como chefe do Poder Executivo por delegação constitucional¹¹³, como o símbolo máximo do Poder ou, como o próprio Poder, pois assim determinava a Carta Magna do Império¹¹⁴.

Ainda que de atribuladamente, pois presença do poder moderador causava certo desconcerto ao equilíbrio dos poderes e os escritos do artigo 99 isentavam o Imperador de qualquer responsabilização por seus atos, a inserção da separação dos poderes à Carta de 1824 tratava da limitação dos poderes em favor do benefício das liberdades individuais¹¹⁵.

Porém, resta para a posteridade como reputação conferida ao poder moderador, visto como o quarto poder constitucional, a capacidade de imprimir a maior estabilidade política da história brasileira, desde a Independência até os dias atuais, pois o 2º Império foi o mais longo período constitucional vivido pelo Brasil¹¹⁶.

¹¹³ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições de Brasil / Compilação e Atualização dos Textos, Notas, Revisão e Índices*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 823.

Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.

¹¹⁴ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições de Brasil / Compilação e Atualização dos Textos, Notas, Revisão e Índices*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 823.

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

Art. 100. Os seus Titulos são "Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil" e tem o Tratamento de Magestade Imperial.

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

I. Nomeando os Senadores, na fórmula do Art. 43.

II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.

III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.

V. Prorrogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.

VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

¹¹⁵ PINHO, A. P. Soares de. *Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira*. Niterói, 1961. p. 27.

¹¹⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Separação de Poderes no Brasil*. Brasília: PrND, 1985. p. 51.

Em contraposição às atribuições oferecidas à monarquia pela Carta de 1824, a “Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil”, primeira Constituição republicana brasileira, tomou a tripartição clássica¹¹⁷ como parâmetro da organização dos poderes da União e adotou o presidencialismo¹¹⁸ para resolver a titularidade do Poder Executivo.

Neste ponto da história constitucional brasileira, tendo resgatado o princípio clássico da separação de poderes, a Carta de 1891 trouxe consigo a distribuição de competências entre os órgãos da União e os Estados Membros, sucedendo maiores limitações aos poderes do Estado¹¹⁹. Trouxe mais, o federalismo, o presidencialismo, a república, o controle de constitucionalidade e o *habeas corpus* agora figuram no texto constitucional seguindo o exemplo norte-americano¹²⁰.

Sob a influência da revolução que acabara de ascender ao poder, a Constituição de 1934 trazia em seu texto grandes mudanças para a prática constitucional pátria, apesar da curta duração de sua vigência. Vemos que sua denominação de *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, traz a sutil substituição da letra “z” pelo “s” – talvez por imposições revolucionárias. De 90 artigos consagrados pela Constituição de 1891, passamos então, à consagração de 187 dispositivos voltados à organização e funcionamento político do Estado Brasileiro.

O Poder Legislativo, personificado pela Câmara dos Deputados, criva-se de atribuições. Ao todo são 27 artigos destinados à competência da Câmara Baixa do Congresso, dentre eles, a elaboração de leis e do orçamento da União. O

¹¹⁷ ALENCAR, Leyla Castelo Branco; RANGEL, Ana Valdez A. N. de. *Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas Alterações*. Brasília: Senado, 1986. p. 657:

Art 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

¹¹⁸ ALENCAR, Leyla Castelo Branco; RANGEL, Ana Valdez A. N. de. *Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas Alterações*. Brasília: Senado, 1986. p. 657.

Art 41 - Exerce o Poder Executivo o Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, como chefe eletivo da Nação.

¹¹⁹ PINHO, A. P. Soares de. *Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira*. Niterói, 1961. p. 27/28.

¹²⁰ BARBOSA, Rui. *A Constituição e os Actos Constitucionaes do Congresso e do Executivo Ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Atlantida, 1893.

Senado atuava na coordenação¹²¹ dos poderes federais entre si. Apesar de ter perdido competências legislativas, o Senado, àquela altura, personificava o exercício do sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos) tão importante para o desenvolvimento da separação de poderes que na Carta de 1934 aparecia logo em seu artigo 3º¹²², elevando-se em importância.

O artigo 3º da Constituição de 1934 trouxe, ainda, a adição de dois parágrafos¹²³ como inovações no controle e na fiscalização como parâmetros para a satisfação das exigências do princípio da separação de poderes. Tais parágrafos dispunham sobre a impossibilidade do exercício de funções em outros poderes daqueles cidadãos que se encontravam investidos em cargos em um dos três, trazia ainda, a figura da não delegação das atribuições respectivas a cada Poder da União, que se imaginava necessária para a efetividade da divisão dos poderes da União.

A “Era Vargas”¹²⁴, como ficou conhecida na história nacional, expurgou a inscrição da separação dos poderes dos dispositivos constitucionais. O fechamento do Congresso Nacional e a outorga da Constituição Federal em 1937 conferiram poderes ditatoriais ao governo para a criação do Estado Novo, processo que perdurou até o ano de 1945 quando ocorrerão novas eleições que levaram Dutra ao poder.

A eleição do Presidente Dutra abriu caminho para a elaboração de uma nova Constituição¹²⁵. A Carta Magna promulgada em 1946¹²⁶ devolveu e reafirmava as garantias e as liberdades conquistadas pela Constituição de 1934. Dentre as

¹²¹ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições de Brasil / Compilação e Atualização dos Textos, Notas, Revisão e Índices. São Paulo: Atlas, 1999. P. 709.

Art 22 - O Poder Legislativo é exercido pela Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal.

¹²² CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições de Brasil / Compilação e Atualização dos Textos, Notas, Revisão e Índices. São Paulo: Atlas, 1999. P. 683.

Art 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

¹²³ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições de Brasil / Compilação e Atualização dos Textos, Notas, Revisão e Índices. São Paulo: Atlas, 1999. P. 683.

§ 1º - É vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições.

§ 2º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

¹²⁴ MARANHÃO, Ricardo; JUNIOR, Antônio Mendes. Brasil História, Era Vargas. São Paulo: Brasiliense, 1981.

¹²⁵ VALE, Osvaldo Trigueiro. O General Dutra e a Redemocratização de 45. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

¹²⁶ ALENCAR, Leyla Castelo Branco; RANGEL, Ana Valderez A. N. de. Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas Alterações. Brasília: Senado, 1986. p. 702.

quais verificamos o retorno da separação dos poderes, nos mesmos moldes da Carta de 1934 com uma pequena modificação entre os parágrafos¹²⁷, delimitada pelo caráter democrático do Texto.

A constituição de 1967 não promoveu nenhuma transformação substancial no referido instituto, mas a promulgação da emenda nº 01/69 deu novos contornos ao que dispunha o parágrafo único do artigo 6º da Constituição Federal de 1967 transformando as ditas “exceções” em regra. Como característica de regimes ditatoriais, introduziu o instituto do Decreto-Lei que, em suma, conferia poderes legislativos ao Presidente da República. A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 é conhecida na história como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1969¹²⁸.

Então, o processo de redemocratização ocorrido com mais intensidade na década de 80 do século passado trouxe à baila a necessidade da confecção de uma nova Constituição que expressasse os interesses republicanos do povo brasileiro. A Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, elege em seu artigo 2º¹²⁹ o princípio da separação de poderes, em sua forma mais pura, como um dos basilares à ordem política a qual inaugura.

Vemos, então, que a separação dos poderes do Estado tem grande influência, na história constitucional brasileira, em períodos democráticos, havendo graves anulações deste princípio em tempos de totalitarismo, como observamos nas ditaduras que se seguiram ou até mesmo no período do Império quando, mesmo sob a influência do constitucionalismo, a figura do Poder Moderador desequilibrava as relações entre poderes.

¹²⁷ ALENCAR, Leyla Castelo Branco; RANGEL, Ana Valderez A. N. de. *Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas Alterações*. Brasília: Senado, 1986. p. 703.

Art 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

§ 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição.

§ 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

¹²⁸ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições de Brasil / Compilação e Atualização dos Textos, Notas, Revisão e Índices*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 253.

¹²⁹ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições de Brasil / Compilação e Atualização dos Textos, Notas, Revisão e Índices*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 15.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

2.3 O Controle de Constitucionalidade e o Artigo 52, inciso X nas Constituições Brasileiras

A evolução do controle de constitucionalidade nas Constituições brasileiras permitiu uma maior participação de órgãos outros da sociedade que não somente o Judiciário. A inscrição de instrumentos relativos ao controle, tanto difuso como concentrado, permitiu uma simbiose entre os Órgãos de Poder que só puderam ocorrer pela via do novo constitucionalismo que se levanta da necessidade da evolução da separação de poderes e da observância aos direitos fundamentais¹³⁰.

A Constituição de 1988 consagrou o artigo 52, X, que trata da participação da figura política do Senado Federal no controle de constitucionalidade. O dispositivo, que fora extraído de outras Cartas inovadoras que se sucederam ao longo da história, faz parte da própria evolução histórica do controle de constitucionalidade. Passaremos agora a analisar este desenvolvimento.

2.3.1 Controle de Constitucionalidade

A Carta brasileira de 1891 instituiu o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade jurisdicional, havido da influência do constitucionalismo norte-americano, fundou o controle difuso por via de exceção, o chamado incidente de inconstitucionalidade. As Constituições posteriores agregaram novos elementos que, lentamente, afastou o controle de constitucionalidade do critério puramente difuso em favor de uma aproximação com o método concentrado de controle de constitucionalidade, sem, no entanto, se aproximar do modelo europeu¹³¹.

A Constituição de 1934, inspirada no novo constitucionalismo, estourado pelo do pós-guerra de 1914/1918, na Carta mexicana de 1917, na Constituição alemã de 1919, conhecida como Constituição de Weimar e na Constituição da República Espanhola de 1931, todas elas Constituições representativas do novo constitucionalismo social do Século XX¹³², foi a primeira a

¹³⁰ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 157/159

¹³¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 52.

¹³² HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 53.

inscrever, como novidade, a competência deferida ao Senado para suspender a eficácia, no todo ou em parte, de deliberação do Supremo Tribunal Federal sobre incidente de inconstitucionalidade de leis¹³³.

Houve, porém, um atraso na evolução do sistema pátrio de controle de constitucionalidade promovido pela Outorga da Lei Maior de 1937 pelo Estado-Novo com fortes características de autoritarismo, ficando a cargo do Presidente da República indicar ao controle do parlamento leis necessárias ao bem-estar do povo. Em resumo, repetidas vezes nesse período, leis inconstitucionais se revestiam de eficácia¹³⁴.

Sob o signo da redemocratização ocorrida no ano de 1945, surge um novo horizonte constitucional que se concretiza com a promulgação da Constituição de 1946, que incorpora, definitivamente, as inovações promovidas pela Carta de 1934 e acrescenta duas outras novidades ao sistema de controle de constitucionalidade. A ação direta de inconstitucionalidade, para enfrentar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais em representação feita pelo Procurador Geral da República, e conferiu competência originária aos Tribunais de Justiça para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal, esta última não prosperou¹³⁵.

A Lei Magna de 1967 tinha por propósito consolidar a fragmentada legislação constitucional gerada pelo uso disperso de emendas constitucionais e por outros dispositivos, assentados no sistema jurídico, através de atos institucionais¹³⁶. Desta forma, foram mantidas as características do controle de constitucionalidade construídas na Carta anterior com a consequente assimilação do dispositivo pela Emenda Constitucional nº 01 de 1969.

A Constituição Cidadã, promulgada em 05 de outubro de 1988¹³⁷ introduziu, por fim, mais dois instrumentos para corroborar o controle de

¹³³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 328.

¹³⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 329.

¹³⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 53.

¹³⁶ HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 58.

¹³⁷ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições de Brasil / Compilação e Atualização dos Textos, Notas, Revisão e Índices. São Paulo: Atlas, 1999. p. 07.

constitucionalidade. Inscrito no artigo 103. § 2º, encontra-se o instituto da inconstitucionalidade por omissão e a ampliação da legitimidade às mesas da Câmara, do Senado e das Assembleias Legislativas dos estados, ao Presidente da república, aos Governadores de Estado, ao conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Tarefa que antes cabia, exclusivamente ao Procurador Geral da república¹³⁸.

Em 1993, a Emenda Constitucional nº 03 introduziu a ação declaratória de constitucionalidade no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, precisamente no inciso I do artigo 102 da Constituição Federal. Esta introdução suscitou diversas manifestações a respeito da sua constitucionalidade¹³⁹, inclusive a afronta ao princípio da separação de poderes¹⁴⁰.

¹³⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 53.

¹³⁹ Supremo Tribunal Federal

Ementa

- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. ARTIGO 1. DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 03/93, NA PARTE EM QUE ALTERA OS ARTIGOS 102 E 103 DO TEXTO ORIGINAL DA CONSTITUIÇÃO. PEDIDO DE LIMINAR. - JA SE FIRMOU NESTA CORTE O ENTENDIMENTO DE QUE AS ENTIDADES DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL PARA LEGITIMAÇÃO PARA PROPOR AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE TEM DE PREENCHER O REQUISITO OBJETIVO DA RELAÇÃO DE PERTINENCIA ENTRE O INTERESSE ESPECIFICO DA CLASSE, PARA CUJA DEFESA ESSAS ENTIDADES SÃO CONSTITUIDAS, E O ATO NORMATIVO QUE E ARGUIDO COMO INCONSTITUCIONAL (CFE. AS ADINS. 77, 138 E 159). - NO CASO, TRATA-SE DE QUESTÃO INTERNA DO PODER JUDICIARIO, CUJO PRETENSO INTERESSE DA MAGISTRATURA E COLOCADO EM TERMOS DE CONTRAPOSIÇÃO DE PODERES ENTRE SEUS ÓRGÃOS SOB A ALEGAÇÃO DE QUE OS ACRESCIDOS A UM - QUE E O SEU ÓRGÃO-CUPULA - COARTAM A INDEPENDÊNCIA DOS QUE LHE SÃO HIERARQUICAMENTE INFERIORES. QUESTÕES DESSA NATUREZA, QUE DIZEM RESPEITO, "LATO SENSU", A ORGANIZAÇÃO DO PODER JUDICIARIO, SEM LHE COARTAREM A INDEPENDÊNCIA E AS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS, NAOTEM PERTINENCIA COM AS FINALIDADES DA AUTORA, QUER ENCARADA ESTRITAMENTE COMO ENTIDADE DE CLASSE, QUER ENCARADA EXCEPCIONALMENTE COMO ENTIDADE DE DEFESA DO PODER JUDICIARIO, PORQUE, NO CASO, QUANTO A ELE EM SI MESMO, NADA HÁ QUE DEFENDER POR LHE TER A EMENDA CONSTITUCIONAL IMPUGNADA AMPLIADO O ÂMBITO DO CONTROLE CONCENTRADO DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS. . AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDA, PORQUE NÃO TEM A AUTORA, POR FALTA DE RELAÇÃO DE PERTINENCIA, LEGITIMIDADE PARA PROPO-LA.

Decisão

[...] o Tribunal, por maioria de votos, não conheceu da ação, por ilegitimidade ativa *ad causam*[...].

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+913%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+913%2EACMS%2E%29&base=baseA cordaos>. Acesso em: 28.04.2012.

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 53.

2.3.2 O Artigo 52, X, nas constituições Brasileiras

A Carta de 1891, influenciada pela experiência constitucional norte-americana, instaurou a declaração de inconstitucionalidade por via da exceção, não cabendo quaisquer medidas adicionais. Assim, os tribunais necessitavam renovar, nos casos concretos, para a produção de efeitos da declaração¹⁴¹.

Neste momento jurídico brasileiro se permitia somente o controle incidental demandado pelas partes que figuravam nos polos dos processos¹⁴², conforme supunha a Carta de 1891¹⁴³, portanto o controle era operado litigiosamente através de casos concretos, sendo seus efeitos aproveitados, por conseguinte, somente por essas partes¹⁴⁴.

Daí, que os parlamentares, imbuídos da tarefa da fundação do novo período constitucional, que se inauguraria com a Lei Maior de 1934, entenderam que deveriam haver mudanças tais no dispositivo de controle de constitucionalidade de forma a não restringir a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ao caso particular, mas que a todos aproveitassem seus efeitos.¹⁴⁵

Vários esforços se aglomeraram no sentido de formular um fundamento que pudesse atender a necessidade de capilaridade do efeito da declaração de inconstitucionalidade. Logo entendeu-se premente a obrigação de dar conhecimento aos órgãos de poder da decisão judicial para assim conferir-lhe eficácia *erga omnes*. O que hoje conhecemos como artigo 52, X da Constituição Federal de 1988 é a síntese dos debates para a inclusão do Senado Federal no controle de constitucionalidade e isso se deveu a dois fatores que se configuram na

¹⁴¹ ALENCAR, Ana Valderez A. N. de. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado, 1978. p. 234.

¹⁴² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 302.

¹⁴³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 52.

¹⁴⁴ BARBOSA, Ruy. A Constituição e os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo Ante a Justiça Federal. Rio de Janeiro: Atlnatida, 1893.

¹⁴⁵ ALENCAR, Ana Valderez A. N. de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado, 1978. p. 234.

necessidade de emprestar força vinculante à declaração de inconstitucionalidade e, de forma enfática, contribuir para o equilíbrio entre os poderes¹⁴⁶.

Prado Kelly, então deputado da Assembleia Nacional Constituinte de 1933, considerou que uma vez arguida a inconstitucionalidade de uma lei devia-se consultar o interesse coletivo, atribuindo ao órgão do poder coordenador¹⁴⁷ a declaração da nulidade dos atos e leis que contrariassem a ordem constitucional¹⁴⁸.

Logo, foi na Constituição de 1934 que, pela primeira vez, grafou-se a inscrição de competências de controle constitucional ao Congresso Nacional, pelo Senado Federal, ainda sob a influência do controle incidental¹⁴⁹, que assim determinava:

Art. 91

[...]

IV, suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionaes pelo Poder Judiciario;¹⁵⁰

Esta foi uma das inovações instituídas pela Lei de 1934 que veio acompanhada de três marcos expressivos na progressão do constitucionalismo brasileiro em direção ao modelo de controle direto de constitucionalidade que se expressam pelo instituto da maioria absoluta dos juízes como requisito à declaração de inconstitucionalidade às leis ou atos do poder público, pela provocação do Procurador Geral da República para que a Corte Suprema tomasse conhecimento de lei federal que houvesse decretado a intervenção da União em Estado membro e a instituição do Mandado de Segurança “para a defesa de direito certo e

¹⁴⁶ ALENCAR, Ana Valdez A. N. de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado, 1978. p. 234.

¹⁴⁷ ALENCAR, Ana Valdez A. N.; RANGEL, Leyla Castelo Branco. de. Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas Alterações. Brasília: Senado, 1986. 487.

Art 88 - Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência.

¹⁴⁸ KELLY *apud* ALENCAR, Ana Valdez A. N. de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado, 1978. p. 263.

¹⁴⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 53.

¹⁵⁰ CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições de Brasil / Compilação e Atualização dos Textos, Notas, Revisão e Índices. São Paulo: Atlas, 1999. p. 709.

incontestável, ameaçando ou violando, por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”¹⁵¹.

A Carta da república de 1937 não traz disposição que conceda capacidade, ao Senado Federal, de participação no controle de constitucionalidade, restando ao Presidente da República a competência única de submeter à nova apreciação do parlamento, lei que, porventura, haja sido declarada inconstitucional pela Suprema Corte¹⁵².

A Constituição de 1946, que replicou os avanços obtidos pela Carta de 1934¹⁵³, trazendo, na figura do controle de constitucionalidade, renovada a competência do Senado Federal. Contudo, imprimiu-lhe algumas restrições que não eram previstas no instituto anterior. Desde então, o âmbito de alcance da suspensão operada pelo Senado inclui somente as leis ou decretos declarados, por decisão definitiva, inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. O art. 64 da Constituição de 1946 trazia a seguinte grafia:

Art 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A revolução de 1964 alçou ao poder o movimento político militar que depôs o então Presidente João Goulart, elegendo a pessoa do Marechal Castelo Branco, pelo Congresso, como novo Presidente da República¹⁵⁴.

Deste fato histórico surgiram vários atos Institucionais que suplantaram a Carta Magna de 1946¹⁵⁵ e, apesar de uma mudança simplesmente gráfica de adequação à técnica constitucional, a Lei Maior de 1967 grafou exatamente o que dispunha a Constituição anterior acerca da competência de do Senado no controle de constitucionalidade, desta vez, porém, sob a égide da competência privativa.

¹⁵¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 328.

¹⁵² ALENCAR, Ana Valderéz A. N. de. A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado, 1978. p. 229: O dispositivo acobertava um processo *sui generis* de emenda à Constituição, em face da impossibilidade de a norma constitucional e a lei ordinária a ela inadequada, eis que a coexistência de ambas implica na supremacia de uma sobre a outra.

¹⁵³ HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 57.

¹⁵⁴ FERREIRA, Luiz Pinto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 70.

¹⁵⁵ FERREIRA, Luiz Pinto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 70.

Art 45 - Compete ainda privativamente, ao Senado:

[...]

IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais. por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

[...]

A Emenda Constitucional nº 1, de outubro de 1969, que “promulgou” a Constituição de 1969 e um sem número de emendas, seja na forma de atos institucionais ou complementares, que promoveram algumas mudanças, sintetizando o texto constitucional de 1967, em relação ao anterior, em 189 artigos¹⁵⁶, não trouxeram mudanças substanciais às competências do Senado Federal em relação ao controle de constitucionalidade.

Art. 42. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

VII - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

[...]

Não podemos, porém, deixar de aludir o caráter autoritário do novo Diploma Legal que se instaurava conjuntamente ao regime que imperou a época até que, em 05 de outubro de 1988, a promulgação da Constituição Cidadã restaurou as liberdades públicas e a democracia do Estado brasileiro¹⁵⁷.

Seguindo a tradição estabelecida pelas Constituições anteriores, principalmente as de 1934 e 1946, a Constituição Federal de 1988 renovou as prescrições do controle de constitucionalidade e, em relação à competência do Senado neste quesito, repetiu, desta feita no artigo 52, a diligência constitucional que suprimiu o termo decreto de sua inscrição, reduzindo o alcance de suas atribuições. O Texto resta insculpido da seguinte forma:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

[...]

¹⁵⁶ FERREIRA, Luiz Pinto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 70/71.

¹⁵⁷ FERREIRA, Luiz Pinto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 71.

Diversos institutos, em matéria de controle de constitucionalidade, foram implantados de forma inovadora pelo Diploma Legal de 1988, como a ADPF e a ADI. O alargamento dos entes competentes para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão são exemplos de uma constante evolução da matéria¹⁵⁸.

Na história constitucional da nação brasileira, o instituto do controle de constitucionalidade sofreu, e vem sofrendo, constantes modificações dogmáticas que por vezes ampliam ou em outras restringem a atuação dos órgãos, indicando uma necessidade constante de atualização e melhoramento.

Em verdade, o controle de constitucionalidade é um importante instrumento de interação entre os poderes que evocam o sistema de freios e contrapesos, institucionalizado pela separação de poderes do Estado, para intervenção mútua em matéria de direitos subjetivos, para que estes não sofram de vulnerabilidade em razão de arbítrio que venham a ser perpetrados, violentamente, por autoridade coatora¹⁵⁹.

Por todo o exposto e em face ao novo constitucionalismo proposto pelo chamado Estado Constitucional, é possível o levante de um poder em relação ao outro por via de minoração das competências do alheio em favor da majoração das próprias?

Doravante, tentaremos esclarecer esta questão pelo estudo pormenorizado de institutos e preceitos que vem sendo disseminados pela doutrina constitucionalista do Estado Constitucional em contraposição às bases constitucionais utilizadas no julgamento da Reclamação 4335/AC em atenção à pretensa mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1998.

¹⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 332.

¹⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 343.

3 A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ARTIGO 52, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOB O PARADIGMA DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Antes de aprofundarmos o entendimento sobre a mutação constitucional a que se destina parte deste estudo, é prudente realizarmos alguns comentários, basilares, às noções que se seguem em desenvolvimento.

É necessária uma admoestação consciente e constante dos princípios do Estado Constitucional, onde o constitucionalismo, os direitos e garantias fundamentais e a separação dos poderes são os esteios indispensáveis e inafastáveis para o desenvolvimento humano e social.

Portanto, mira-se a imprescindibilidade do primado da rigidez das normas constitucionais que se destinam a:

- a) dificultar o processo reformador da Constituição;
 - b) assegurar a estabilidade constitucional;
 - c) resguardar os direitos e garantias fundamentais, mantendo estruturas e competências, com vistas à proteção das instituições.
- [...]
 Servem para demarcar o âmbito de exercício do poder legislativo, evitam mudanças desnecessárias, previnem alterações facilitadas e reviravoltas inusitadas [...] que porventura tentem comprometer a vida constitucional dos Estados¹⁶⁰.

Vemos, de pronto, que o princípio da rigidez se coloca para conferir equilíbrio legal ao Estado assegurando a estabilidade por meio da previsão da revisão e da mudança formal das normas constitucionais¹⁶¹.

Jellinek¹⁶² usa, com propriedade, o termo *inquebrantabilidad*¹⁶³, extraído do idioma espanhol, para descrever as variadas particularidades dos

¹⁶⁰ BULOS, Uadi Lamego. Revista de Informação Legislativa – Da Reforma à Mutação Constitucional. Brasília: Senado, 1996. p. 35.

¹⁶¹ BULOS, Uadi Lamego. Revista de Informação Legislativa – Da Reforma à Mutação Constitucional. Brasília: Senado, 1996. p. 35.

¹⁶² JELLINEK, Georg. Reforma y Mutacion de La Constituicion. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 15.

¹⁶³ Quebrantar (tradução livre): violar, abrandar, debilitar, desencorajar, perturbar, afrouxar, tornar-se fraco.

mecanismos de proteção contra “modificações precipitadas” do texto constitucional. E, inclusive, descreve tais mecanismos como caracterizadores da norma constitucional e que tais normas, sem estes caracterizadores, não se distingue em nada de leis ordinárias.

Ademais, o princípio da rigidez conserva incontestável relação com a indelegabilidade das competências constitucionais, distribuídas pela Constituição entre os entes públicos, bem como entre as funções executiva, legislativa e judiciária, não sendo possível a delegação de competência, a não ser pela reforma constitucional que venha atribuir função alheia às suas¹⁶⁴.

Não obstante, veremos a seguir as considerações destes mesmos autores, e de outros, a respeito da mutação constitucional, configurada como meio difuso de mudança do texto constitucional de natureza informal, que ocorre sem a aderência dos requisitos explícitos do Texto Magno¹⁶⁵.

3.1 Mutação Constitucional

A mutação constitucional é uma ferramenta de uso jurídico relativa, em analogia, à emenda constitucional que é utilizada legislativamente. Isso advém do fato de o texto constitucional possuir um caráter estático superposto ao caráter dinâmico, dado que a sociedade está em constante evolução. Portanto a mutação constitucional visa satisfazer as evoluções sociais que não sejam devidamente atendidas, juridicamente, pelo sistema legislativo em tempo de sua confirmação.

Para Bulos¹⁶⁶ trata-se de um processo informal pelo qual são atribuídos novos sentidos ao texto constitucional, sem que, para isso, sejam modificados seus escritos, ressaltando aspectos que outrora não eram compreendidos ou vislumbrados pela letra da Constituição. Para tanto, a interpretação é peça *sine qua non*, seja por intermédio da construção ou dos usos e costumes constitucionais.

Do contrário: inflexível, rijo; sólido. Na assepsia da palavra, Jellinek se refere incolumidade do texto.

¹⁶⁴ BULOS, Uadi Lamego. Revista de Informação Legislativa – Da Reforma à Mutação Constitucional. Brasília: Senado, 1996. p. 39.

¹⁶⁵ BULOS, Uadi Lamego. Revista de Informação Legislativa – Da Reforma à Mutação Constitucional. Brasília: Senado, 1996. p. 29.

¹⁶⁶ BULOS, Uadi Lamego. Revista de Informação Legislativa – Da Reforma à Mutação Constitucional. Brasília: Senado, 1996. p. 27.

A posição de Canotilho¹⁶⁷ sobre o tema não diverge em conteúdo do que assevera Bulos, pregando da mesma forma a imutabilidade do texto constitucional frente ao fenômeno da mutação ou transição constitucional, como descreve, segundo o autor, “muda o sentido sem mudar o texto”.

Esta última é uma característica inexorável da mutação. Não atingir o texto constitucional, ficando restrita, unicamente, à interpretação da norma para dar-lhe novo entendimento ou sentido, isto, em se tratando da urgência da adequação do texto às demandas sociais, políticas, econômicas, administrativas ou jurídicas do Estado¹⁶⁸.

Da mesma forma, Ferraz¹⁶⁹, que ao desenvolver o tema discorre sobre o costume jurídico, não polemiza sobre o formato textual da Constituição e a necessidade de o interprete não avançar seus esforços de modo a desbordar os limites da escrita constitucional insculpidos na Carta Magna. Ferraz¹⁷⁰ também considera a interpretação uma tarefa judicial, seja dos costumes ou das leis que formam o arcabouço constitucional afirmando se tratar de um processo lento, perceptível ou invisível, porém, sempre dentro dos limites constitucionais, que possui dois elementos:

Um objetivo, representado pela reiteração, pela observância repetida, uniforme, de um certo comportamento, de uma certa prática (*usus*); outro subjetivo, construído pela convicção generalizada da obrigatoriedade daquele comportamento ou daquela prática (*opinio júris vel necessitalis*).

O costume jurídico é uma prática que, normalmente, traz a legislação a reboque, posto que está alicerçada nos usos e costumes sociais referentes a

¹⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1153.

¹⁶⁸ BULOS, Uadi Lamego. Revista de Informação Legislativa – Da Reforma à Mutação Constitucional. Brasília: Senado, 1996. p. 37.

¹⁶⁹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. Rio de Janeiro, Max Limonad: 1986. p. 177.

¹⁷⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. Rio de Janeiro, Max Limonad: 1986. p. 243.

relações de fato originadas de atividades prolongadas de comportamentos sociais e é respeitada como a uma lei¹⁷¹.

Impõe-se relevar que o costume jurídico traça linhas legais a serem seguidas. É do costume que se extraem as normas que, de alguma forma, atualizam e revigoram o sistema legal obstando a vigência de normas anacrônicas por via do próprio uso da lei. O costume é uma norma. Não obstante, o costume pode se apresentar contrariamente às normas estabelecidas ou, pelo menos, descrever comportamentos inadequados. Nesse momento a lei age para proibir o desenvolvimento do costume chamado *contra legem*¹⁷², revogando-o. É a lei, então, que vai obstar o desenvolvimento de comportamentos indesejáveis¹⁷³.

O costume jurídico está patente nas decisões jurídicas repetidas oriundas dos tribunais, o que não obsta a ocorrência da espécie *contra legem*¹⁷⁴.

Então vejamos, um comportamento que se lança determinadamente contrário às normas constitucionais pode assumir, em outro momento, contornos constitucionais e se firmar no ordenamento sem que, com isso, infringir a quebra do sistema, tudo por questões consubstanciadas ao tempo histórico e político¹⁷⁵.

Contudo, não cabe ao legislador o uso da mutação para corrigir os desvios que ao longo do tempo se apresentem, esta tarefa está direcionada aos costumes jurídicos adotados nos tribunais às concretudes que se lhes apresentam e necessitam dirimir. A execução de tal tarefa deve seguir congruente com as ordens

¹⁷¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. Rio de Janeiro, Max Limonad: 1986. p. 243.

¹⁷² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. Rio de Janeiro, Max Limonad: 1986. p. 179: "[...] o secundum legem, o praeter legem e o contra legem. O primeiro é previsto ou admitido pelo direito positivo que a ele se refere ou manda observá-lo em certos casos, sendo também elemento auxiliar na interpretação do texto escrito; o praeter legem preenche as lacunas das normas positivas, substitui a disciplinação legal quando a lei silencia a respeito e serve, também, como elemento de interpretação; o costume contra legem forma-se em sentido contrário ao das disposições escritas."

* Para este estudo, não consideraremos o costume *contra legem* uma derrogação tácita da norma legal, tampouco a inconstitucionalidade do costume será imposto.

¹⁷³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. Rio de Janeiro, Max Limonad: 1986. p. 179.

¹⁷⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. Rio de Janeiro, Max Limonad: 1986. p. 179.

¹⁷⁵ JELLINEK, Georg. Reforma y Mutacion de La Constituicion. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 21.

constitucionais e a subjetividade do interprete não deve permitir que sejam ultrapassados os parâmetros estabelecidos na própria Carta Magna. Tal conduta visa afastar interpretações que se mostrem maliciosas capazes de produzir traumas aos costumes e usos constitucionais¹⁷⁶.

Da mesma forma, em convicção, Häberle¹⁷⁷ assevera que a mutação constitucional é operada através da interpretação sem a modificação expressa do texto da Constituição, ocorrendo de maneira discreta e sem formalidades, para adequar o significado da norma constitucional às necessidades estatais, jurídico/forenses, da opinião pública ou doutrinária.

Jellinek¹⁷⁸ descreve várias formas de mutação constitucional a partir das práticas e relações dos poderes e entre os poderes, assim, constrói uma aura constitucional onde, por exemplo, a produção legislativa, a administrativa ou a jurisdicional, produzem mudanças nos textos constitucionais que vão de encontro ao que fora, inicialmente, estatuído.

Isto ocorre, pois, os preceitos constitucionais, por vezes, têm características obscuras ou extensas, sendo necessário o desenvolvimento de leis ordinárias para sua interpretação, interpretação esta, sujeita às necessidades e opiniões carregadas de afeto pessoal ou de uma coletividade. Tais interpretações podem, à primeira vista, parecer inconstitucionais, porém, toma contornos de legalidade e legitimidade pelo uso e necessidade dos poderes¹⁷⁹.

Outra característica a respeito das mutações da Constituição são as transformações que sucedem a necessidade política, isto porque não há previsão humana capaz de determinar a configuração de novas instituições que se edificam das relações sociais¹⁸⁰.

¹⁷⁶ BULOS, Uadi Lamego. Revista de Informação Legislativa – Da Reforma à Mutação Constitucional. Brasília: Senado, 1996. p. 35.

¹⁷⁷ HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 157.

¹⁷⁸ JELLINEK, Georg. Reforma y Mutacion de La Constituicion. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 15.

¹⁷⁹ JELLINEK, Georg. Reforma y Mutacion de La Constituicion. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 16.

¹⁸⁰ JELLINEK, Georg. Reforma y Mutacion de La Constituicion. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 29.

Com efeito, se considerarmos os escritos de Häberle¹⁸¹, em justaposição aos de Jellinek¹⁸², a respeito da organização temporal¹⁸³ da norma, veremos que isto ocorre em termos retrospectivos e prospectivos, pois, a mutação constitucional lança mão do método histórico, retrospectivamente, para incorporar as origens normativas à interpretação e, objetivamente, incorporar a realidade atual do direito ao labor interpretativo. Por outro lado, prospectivamente, um método orientado às consequências e ao prognóstico tratam de organizar o futuro da norma¹⁸⁴.

Subsiste, pois, a imprevisibilidade no uso dos processos de interpretação, presumindo que a inter-relação dos métodos é uma função do tempo, que existe uma flexibilidade metódica que há de se impor de forma a relevar-se o aspecto temporal, ou seja, relevar-se-á a conjectura político/social para fazer uso do método correto, ou, pelo menos, que atenda as necessidades de tal realidade¹⁸⁵.

Daí abstrai-se a impotência previsiva circunstanciada pela evolução de conceitos e possibilidades institucionais proporcionadas pelo avanço tecnológico social humano¹⁸⁶.

Jellinek¹⁸⁷ pondera, com peculiaridade, sobre a mudança informal procedente de omissão, descrevendo desuso das faculdades estatais do veto e da sanção e a conseqüente confirmação do costume *contra legem* como constitucional, O autor descreve o caso restrito à monarquia inglesa, todavia, é uma realidade que pode ocorrer em qualquer sistema jurídico que traga inscrito em seu estatuto legal estas duas figuras.

Portanto, posto que existem limitações ao uso da ferramenta para que sejam resguardados certos princípios relativos à Carta Constitucional, tais limitações

¹⁸¹ HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 157.

¹⁸² JELLINEK, Georg. Reforma y Mutacion de La Constituicion. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 29.

¹⁸³ **Por temporal, aqui, compreendemos tempo e espaço.**

¹⁸⁴ HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 157.

¹⁸⁵ HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2007. p. 157.

¹⁸⁶ JELLINEK, Georg. Reforma y Mutacion de La Constituicion. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 29.

¹⁸⁷ JELLINEK, Georg. Reforma y Mutacion de La Constituicion. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 45.

se devem ao fato de que a Constituição possui o caráter soberano o que lhe confere a supremacia e a hierarquia das normas que dissemina¹⁸⁸.

É indispensável compreender a Constituição como um organismo vivo que reflete, da maneira mais ampla, as necessidades administrativas, políticas, econômicas, jurídicas e sociais. Para tanto, a Constituição deve permanecer atualizada e a mutação constitucional é uma das ferramentas capazes à tarefa¹⁸⁹.

Afinal, a mutação constitucional se concretiza a partir de quatro matizes que assumem variadas formas concretas, mas sempre ligadas a estes conceitos¹⁹⁰

Mediante prática estatal que não viola formalmente a constituição, caso de realidade sem norma; por meio da impossibilidade de exercer certos direitos estatuidos constitucionalmente, caso de norma sem realidade; mediante prática estatal contraditória com a Constituição, caso de realidade contrária à norma; mutação da Constituição por meio de sua interpretação, caso em que a realidade distorce (tergiversa) a norma, isto é, a reinterpreta.

A observância a tais parâmetros, em matéria de mudança informal do texto constitucional, se deve à não alteração programática ou do sentido material fundada pela Carta Constitucional. A essas mutações destina-se a franquia da ilegalidade ou a simples denominação de mutações inconstitucionais.

3.1.1 *Mutação Inconstitucional*

Por zelo, não podemos nos esquivar das contrariedades que podem se nos apresentar com o desenvolvimento e uso da mutação constitucional. O uso do instrumento da mutação não deve e não pode ultrapassar o limite subjetivo identificado nos parâmetros jurídicos, não podendo, ainda, ser levado às últimas consequências¹⁹¹.

¹⁸⁸ BULOS, Uadi Lamego. Revista de Informação Legislativa – Da Reforma à Mutação Constitucional. Brasília: Senado, 1996. p. 42.

¹⁸⁹ BULOS, Uadi Lamego. Revista de Informação Legislativa – Da Reforma à Mutação Constitucional. Brasília: Senado, 1996. p. 43.

¹⁹⁰ DAU-LIN, Hsu. Mutacion de la Constitucion. Instituto Vasco de Administracion Pública. Trad. Christian Förster, 1998. Berlin und Leipzig, 1932.

¹⁹¹ BULOS, Uadi Lamego. Revista de Informação Legislativa – Da Reforma à Mutação Constitucional. Brasília: Senado, 1996. p. 43.

Em análise simplista, a mutação que decorre de avanços inconstitucionais, se desdobre de vias escusas ou, pelo menos, não legítimas que fogem aos limites de *forma e fundo* definidos pelo constituinte e de observância obrigatória pelo órgão jurisdicional, são denominadas mutações inconstitucionais¹⁹².

Necessário advertir que quando se trata de um costume jurídico que, momentaneamente eivado de inconstitucionalidade, em um momento posterior, se confirma constitucional, dada as exigências sociais e políticas que está circunspecto, tem todas as características legitimadoras necessárias para subsistir¹⁹³.

De outra forma, os costumes jurídicos que têm a inconstitucionalidade flagrante como traço perceptível, inerente ao processo de modificação constitucional e a ausência do controle de constitucionalidade que registra ou corrige vício insanável ao constructo legal, tem, igualmente, vício insanável¹⁹⁴.

Sob tal ótica, à mutação constitucional emprega-se todo o aparato de controle constitucional e as exigências constitucionais de elaboração da norma constitucional, não obstante sua informalidade e adequação temporal à realidade normativa do Estado¹⁹⁵. Logo, existe certa compatibilidade material entre a mutação constitucional e as formalidades necessárias à mudança formal da Constituição, de forma que se protege a lei Maior de movimentos que possam, inclusive, desconstituir sua soberania.

Implica abstrair que, ainda que informal, a mutação constitucional guarda total obediência aos parâmetros constitucionais exigidos à atividade legislativa de observância aos princípios aos que a produção e o desenvolvimento normativo/constitucional devem estar adstritos¹⁹⁶.

¹⁹² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. Rio de Janeiro, Max Limonad: 1986. p. 244.

¹⁹³ JELLINEK, Georg. Reforma y Mutacion de La Constitucion. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 26.

¹⁹⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. Rio de Janeiro, Max Limonad: 1986. p. 244.

¹⁹⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. Rio de Janeiro, Max Limonad: 1986. p. 244.

¹⁹⁶ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. Rio de Janeiro, Max Limonad: 1986.

Consideremos todo o delineamento a respeito da separação dos poderes que até aqui se produziu¹⁹⁷, sem olvidar que, apesar de todo o deslocamento conceitual, ainda subsiste como garantia fundamental à liberdade social, liberdade que, em muito, edificou-se sob o signo deste princípio¹⁹⁸.

Ainda em consideração ao aqui, até então, exposto, por cuidar a mutação constitucional de instituto afeto à nova configuração do Estado que se erige e concretiza, qual seja, o Estado Constitucional¹⁹⁹. Na particular observância aos princípios da Supremacia da Constituição, dos Direitos Fundamentais e da interdependência dos Poderes.

Ponderemos mais, rememorando os ensinamentos de Haberle²⁰⁰ que explica o Estado Constitucional como um Estado livre e democrático, mas não imutável, do contrário, é um domínio que transmuta suas características historicamente para garantir as liberdades individuais, contudo, dentro dos parâmetros da legalidade, aqui comprometida com a constitucionalidade.

Finalmente, ainda que o instituto da mutação se encaixe nos parâmetros da doutrina constitucional, dotando o Poder Judiciário de maior independência²⁰¹, com pertinácia, não se trata da desvinculação constitucional à qual todos, instituições e cidadãos, devem permanecer sujeitados.

¹⁹⁷ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 2003. p. 23: **O Princípio da Separação dos Poderes sofreu uma ruptura drástica em seu conceito clássico realizando, em seu lugar, a interdependência dando maior equilíbrio às relações entre poderes.** NOTA 56.

¹⁹⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 168.

¹⁹⁹ HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 6: O conceito "Estado Constitucional" somente pode ser esboçado aqui como o Estado em que o poder público é juridicamente constituído e limitado através de princípios constitucionais materiais e formais: Direitos Fundamentais, Estado Social de Direito, Divisão de Poderes, independência dos Tribunais.

²⁰⁰ HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 6.

²⁰¹ HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 6.

3.2 A Mutação do Artigo 52, Inciso X, e a Doutrina Constitucional

Trata-se de iniciativa do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal, que visa revisar o cont eudo constitucional das competências do Senado Federal, subtraindo a prerrogativa privativa, deste órgão, da suspensão de decisão do Supremo que declara a inconstitucionalidade de uma norma.

Tal investidura ocorre por vias da Reclama o 4335/AC²⁰², em tramite nos no Supremo Tribunal Federal. A questão a se debruçar não   outra senão o simplório questionamento da possibilidade de um poder instituido e de investidura constitucional, retirar, subtrair, derogar as competências do plano constitucional de um outro poder, igualmente instituido?

Amiude, como veremos, reiteradas declara es de membros deste poder cobrando a independência da Corte como se verifica nas cortes

²⁰² **Reclama o 4335/AC.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Reclama o ajuizada contra decisões do Juiz de Direito da Vara de Execu es Penais da Comarca de Rio Branco-AC, pelas quais indeferira pedido de progressão de regime em favor de condenados a penas de reclusão em regime integralmente fechado em decorrência da prática de crimes hediondos. Alega-se, na espécie, ofensa   autoridade da decisão da Corte no HC 82959/SP (DJU de 1 .9.2006), em que declarada a inconstitucionalidade do   1  do art. 2  da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos.

DECISÃO: Trata-se de reclama o, ajuizada por VALDIR PERAZZO LEITE, em face de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execu es Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de [...].

Os condenados apontados pelo reclamante cumprem penas de reclusão em regime integralmente fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos.

Com base no julgamento do HC n  82.959, que reconheceu a inconstitucionalidade do   1  do artigo 2o da Lei 8.072/1990 ("Lei dos Crimes Hediondos"), que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos, solicitou o reclamante ao Juiz de Direito da Vara de Execu es Penais fosse concedida progressão de regime aos apenados relacionados acima, que indeferiu os pedidos de progressão de regime, sob a alega o de vedac o legal para admiti-la e o seguinte argumento:

"(...)conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos), tenha declarado *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do art. 2o,   1o da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), por via do Habeas Corpus n. 82.959, isto após dezesseis anos dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me a melhor doutrina constitucional pátria que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos inter partes."(fl.23-24).

Da denega o do pedido de progressão por parte do juízo *a quo*, o reclamante impetrou habeas corpus perante o Tribunal de Justiça do Estado do Acre (fl.4-12).

Solicitei informa es ao Juiz de Direito da Vara de Execu es Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que assim se manifestou na Peti o no 72.377/2006 (fls. 20-25):

"Inicialmente, opino pelo não conhecimento da reclama o, posto que não preenchidos os requisitos do art. 13, da Lei n. 8.038/90.

Sendo o pedido de progressão de regime da competência da Vara de Execu es Penais da Comarca de Rio Branco, vez que na Comarca cumprem pena os interessados na Reclama o, não há que se falar em preservar a competência dessa E. Corte; por outra, não   de conhecimento deste Juízo, até o momento, que o STF tenha expedido ordem em favor de um dos interessados na reclama o, e, portanto, não   hipótese de garantir a autoridade de decisão da Corte.

constitucionais mais avançadas do mundo. Outro quesito, então, se nos impõe objeção. É possível a independência indiscriminada do Supremo Tribunal Federal frente às exigências supraleais contidas no texto constitucional?

As respostas para estes incitantes questionamentos não podem ser extraídas de outro meio senão do Texto Magno que insculpiu princípios norteadores, sobretudo, da democracia, do direito, da perpetuação das instituições para viabilizar o bem comum.

3.2.1 A Reclamação Constitucional

A leitura do inciso I, alínea I, do artigo 102, da Constituição Federal, traz a figura da Reclamação Constitucional para preservar as competências precípuas e garantir a autoridade de suas decisões relativas ao Supremo Tribunal Federal, da mesma forma que a inteligência do inciso I, alínea f, do artigo 105, da mesma Carta, assegura tais competências e garantias ao Superior tribunal de Justiça²⁰³.

Vejamos, então, a reclamação em comentário²⁰⁴ sob a ótica de seus efeitos, pois, em ulterior análise, confirmada a resolução que se busca do dissídio, restará a Constituição emendada por vias outras que não as autorizadas pelo artigo 60²⁰⁵ do Texto supraleal.

²⁰³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011.

²⁰⁴ Reclamação 4335/AC. NOTA 201.

²⁰⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

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

I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

Tal consideração se deve, diretamente, ao voto vista do Ministro Eros Grau que declara o que segue²⁰⁶

[...] não houve qualquer anomalia de cunho interpretativo, pois o Ministro Gilmar teria apenas feito uma “autêntica mutação constitucional”: Note-se bem que S. Exa. não se limita a interpretar um texto, a partir dele produzindo a norma que lhe corresponde, porém avança até o ponto de propor a substituição de um texto normativo por outro. Por isso aqui mencionamos a mutação da Constituição.

Observe-se que não existem parâmetros doutrinários para as assertivas desposadas pelo Magistrado, visto que clássica é a Mutação que se opera através de uma história jurídica repetida e imperceptível²⁰⁷, e mais, é unísono o entendimento da imutabilidade textual²⁰⁸ do diploma, o que torna impensável a moldura que se nos apresenta.

Portanto, suscitar um processo de mutação constitucional por vias da reclamação, sobretudo com as características do caso concreto, encontra óbice em todo o ordenamento pátrio. Segundo Nelson²⁰⁹,

A mutação constitucional não pode ser prévia e intencionalmente anunciada, pois isso constitui ruptura da Constituição, circunstância que ocorre em Estados totalitários, não informados pelo princípio do Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional.

Tem-se, então, dadas todas as características apresentadas pela Reclamação 4335/AC²¹⁰, uma construção equivocada do instituto, vez que estão

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

²⁰⁶ MINISTRO EROS GRAU. Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator), julgando procedente a reclamação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 1º.02.2007. O voto vista do Ministro Eros Grau foi proferido em Plenário no dia 19.04.2007.

²⁰⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. Rio de Janeiro, Max Limonad: 1986. p. 243.

²⁰⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. Rio de Janeiro, Max Limonad: 1986. p. 243.

²⁰⁹ JUNIOR, Nelson Nery. Anotações Sobre Mutação Constitucional – Alteração da Constituição sem Modificação do Texto, Decisionismo e Verfassungsstaat. São Paulo. Revista dos Tribunais: Coimbra. Coimbra, 2009. p. 104.

²¹⁰ NOTA 202.

presentes a intenção e a consciência²¹¹, a discussão prévia, o voto, o avanço sobre o texto, enfim, todos estes, elementos descabidos em sede de mutação constitucional, se pode, a Constituição, sediar esta informalidade. Com efeito, tudo aponta a contaminação do instituto, confirmando, a contrassenso, a mutação inconstitucional²¹².

Posto que a mutação inconstitucional, assim o é, pois, viola a constitucionalidade formal e material da Constituição, resta a lição do Ministro Celso de Mello que, ao proferir voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.251/MG, assevera que os “atos inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer eficácia jurídica”²¹³.

3.2.2 O Uso Prático do artigo 52, X, da Constituição Federal

Ladeados por toda a tese aqui esposada, facilmente chega-se à conclusão de que a pretensa mutação configura uma flagrante ofensa à Constituição como um todo. Tanto o conteúdo material quanto o formal, ou seja, o programa normativo²¹⁴, apontam para a separação dos poderes estatais, ademais, apontam da mesma forma, para bicameralidade do processo legislativo²¹⁵. O engendramento

²¹¹ JUNIOR, Nelson Nery. Anotações Sobre Mutação Constitucional – Alteração da Constituição sem Modificação do Texto, Decisionismo e Verfassungsstaat. São Paulo. Revista dos Tribunais: Coimbra. Coimbra, 2009. p. 92.

²¹² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Processos Informais de Mudança da Constituição. Rio de Janeiro, Max Limonad: 1986. p. 244.

²¹³ MINISTRO CELSO DE MELO na ADI 1251/MG – atos inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer eficácia jurídica.

EMENTA: O provimento efetivo em cargo público situado na estrutura administrativa de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado supõe, para efeito de regular investidura do servidor público, a previa aprovação deste em concurso público de provas ou de provas e títulos. Precedentes do STF. - O postulado constitucional inscrito no art. 37, II, da Carta Política, ao dar concreção e efetividade ao princípio da isonomia, impõe que o ingresso no serviço público sempre se de, ressalvada a investidura em cargos de provimento em comissão, mediante previa aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

VOTO: Convém enfatizar, de outro lado - e por necessário -, que a declaração de inconstitucionalidade (que se reveste de caráter definitivo), uma vez proferida, sempre retroagirá ao momento em que surgiu, no sistema de direito positivo, o ato estatal atingido pelo pronunciamento judicial (nulidade *ab initio*). É que ato inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer carga de eficácia jurídica (RTJ 146/461).

²¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003: **Por programa normativo entende-se o conjunto das aspirações da Carta Magna para o desenvolvimento consistente das garantias constitucionais. Corroborando esta abstração constitucional que exprime um desejo latente ao porvir social.**

²¹⁵ JUNIOR, Nelson Nery. Anotações Sobre Mutação Constitucional – Alteração da Constituição sem Modificação do Texto, Decisionismo e Verfassungsstaat. São Paulo. Revista dos Tribunais: Coimbra. Coimbra, 2009. p. 94.

exposto não coaduna, nem de perto, com o fenômeno²¹⁶ da mutação ou com as exigências formais da constituição.

Momentaneamente, contudo, deixaremos de lado esta concepção para aprofundar o estudo.

Sabemos que a mutação está restrita a limites que observam, peremptoriamente, as arbitrariedades, as decisões atrevidas, buscando coibir a violação intencional das competências do poder constituinte e da soberania popular²¹⁷. Isto porque o paradigma da legalidade que opera e impera no Estado Constitucional é o da constitucionalidade²¹⁸. Logo, é possível o reconhecimento da mutação constitucional que avança e confere eficácia aos direitos fundamentais, sendo a recíproca reprovável sob a égide da nova legalidade imposta pela doutrina constitucionalista²¹⁹.

Sabemos, igualmente, que o artigo 52, X, da Constituição Federal, é vinculação da separação dos poderes que, como vimos no estudo regresso, é parte indelével da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²²⁰, e não pode enquanto *numerus clausus*, sofrer, sequer, ameaça de emenda, ainda que minimamente, tendente a abolir tanto a separação dos poderes como os direitos e garantias individuais²²¹.

Em um momento importante da história jurídico/político/legislativa recente deste País, o Senado Federal, em apreciação aos Ofícios “S” n. 11, de

²¹⁶ Grifo nosso.

²¹⁷ BARROSO, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo. Saraiva, 2009. p. 127.

²¹⁸ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 2003. p. 97: **Ao declarar a constitucionalidade como o *novel* paradigma do princípio da legalidade.**

²¹⁹ JUNIOR, Nelson Nery. Anotações Sobre Mutação Constitucional – Alteração da Constituição sem Modificação do Texto, Decisionismo e Verfassungsstaat. São Paulo. Revista dos Tribunais: Coimbra. Coimbra, 2009. p. 99.

²²⁰ PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Declaração do s Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 14. nov. 2011.

²²¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

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

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

2003, e 11, 15, e 17, de 2002, no uso das competências privativas que lhe confere o artigo 52 da Constituição Federal²²², lança o balizador Projeto de Resolução n. 71/05²²³ que suspende parte da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal²²⁴. Cuida-se da manutenção do crédito-prêmio de IPI²²⁵.

Em suma, discutia-se a constitucionalidade de expressões contidas no texto do Decreto-Lei nº 491/69 que autorizavam ao Ministério da Fazenda a suspensão, a extinção e a redução (temporária ou definitiva) de estímulos fiscais de que tratam os artigos 1º e 5º do referido Decreto-Lei²²⁶, *in verbis*:

Art. 1º As empresas fabricantes e exportadoras de produtos manufaturados gozarão, a título estímulo fiscal, créditos tributários sobre suas vendas para o exterior, como ressarcimento de tributos pagos internamente.

5º É assegurada a manutenção e utilização do crédito do IPI relativo às matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem efetivamente utilizados na industrialização dos produtos exportados²²⁷.

O parecer emblemático do Senador inova as relações entre os poderes Judiciário e Legislativo dado que não interfere, sob nenhuma hipótese, na

²²² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

XV - avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.

²²³ PROJETO DE RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL. Relator Senador Amir Lando, relatório proferido em 14 de dezembro de 2005.

²²⁴ JUSTIÇA FEDERAL. 17ª VARA. Ação Ordinária n. 2003.34.00.044498-0.

SENTENÇA: Ocorre que o Supremo Tribunal Federal em sede de Recursos Extraordinários (REs nº 180.828-4/RS, 186.359-5/RS, 208.260/RS) **passou a decidir pela inconstitucionalidade das expressões “ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou extinguir” do art. 1º do DL nº 1.724/79; “reduzi-los” e “suspendê-los ou extingui-los” do inciso I do art. 3º do DL 1.894/81, por entender haver vedação no art. 6º da CF/67 à delegação do Poder Executivo ao Ministro de Estado para prática de atos legislativos, bem como sob o fundamento de que matérias reservadas à lei (decreto-lei) não podem ser revogadas por ato normativo secundário (portaria), conforme precedente do extinto Tribunal Federal de Recursos**, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível nº 109896-DF, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro.

²²⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Crédito prêmio IPI - Pareceres Tributários. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 55.

²²⁶ LANDO, Amir. Resolução do Senado Federal nº 71, de 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=25048&tp=1>. Acesso em 30.03.2012.

²²⁷ DECRETO-LEI Nº 491, DE 05 DE MARÇO DE 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0491.htm. acesso em 30.03.2012.

declaração de inconstitucionalidade das expressões inscritas no Decreto-Lei, contudo, reafirma a validade do texto remanescente²²⁸.

No todo, o parecer e se reveste de cautela²²⁹ em clara observância ao princípio da separação dos poderes. Para proferir a decisão senatorial acompanha-se um breve histórico sobre a competência do Senado, relativa ao art. 52, X, da Constituição de 1988, e, da mesma forma, adentra à seara das competências do Supremo Tribunal Federal²³⁰.

O relatório do Senador Amir Lando traz, em seu bojo, vasto entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de limitar e esclarecer as competências dos órgãos de poder envolvidos na lide. Nesse momento calca entendimento basilar sobre a harmonia e a independência dos poderes:

Trata-se, sem dúvida, de *facultas agendi*, pelo que a Constituição sabiamente não disciplina qualquer sanção pela recusa à projeção *erga omnes* de decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade que lhe competiria conceder. Se assim fosse, certamente estaria

²²⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Crédito prêmio IPI - Pareceres Tributários. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 55.

²²⁹ LANDO, Amir. Resolução do Senado Federal nº 71, de 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=25048&tp=1>. Acesso em 30.03.2012.

“Ressalte-se, ainda, que esta Casa não está interferindo na decisão do Supremo, sequer conferindo-lhe qualquer forma de interpretação, posto que o presente Projeto de Resolução volta-se precisamente à suspensão das expressões reconhecidas e declaradas inconstitucionais por aquela Alta Corte.”

²³⁰ LANDO, Amir. Resolução do Senado Federal nº 71, de 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=25048&tp=1>. Acesso em 30.03.2012.

“Inicialmente, essa competência foi conferida ao Senado Federal pela Constituição de 1934 (art. 91, inc. IV), de forma ainda mais abrangente que a Carta de 1988, pois fazia expressa referência a lei, ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, prescindindo, inclusive, do aspecto definitivo de decisão transitada em julgado.

[...]

Trata-se, assim, de ato de caráter normativo, com divergência na doutrina no sentido de ser ato legislativo ou quase legislativo, posto que afeta norma jurídica *stricto sensu*, suspendendo-lhe a eficácia.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de recusar-lhe o caráter legislativo, à luz do entendimento consagrado pelo então Ministro LUIZ GALLOTTI, relator do Mandado de Segurança n.º 16.519-DF (Requerentes: Gali-Flor Construção Ltda. e outros. Requerido: Senado Federal. Publicado no DJ de 9-nov-1966. Julgado em 20-jun-1966.), segundo o qual, para ter natureza de ato legislativo, “*teria que competir não só ao Senado mas também à Câmara, dependendo ainda de sanção do Presidente da República*”.

[...]

Sua finalidade é, por assim dizer, gerar efeitos erga omnes à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, estendendo o seu entendimento sobre a inconstitucionalidade de lei ou de parte de lei a toda à sociedade tutelada. Como se sabe, os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida em controle difuso de constitucionalidade são *inter partes*, razão pela qual a Carta Maior pretendeu conferir essa atribuição ao Senado Federal, revestindo o ato normativo de natureza política com característica ampliada de decisão judicial.

prejudicada a conciliação dos postulados insertos na Lei Maior que delineiam a harmonia e independência dos Poderes estatais, requisito fundamental – paralelamente à submissão do Estado à lei e à enunciação de direitos e garantias fundamentais – para a boa constituição de um Estado Democrático de Direito.

Por fim, temos relevante também destacar que, uma vez inclinado pela aprovação da resolução, o Senado Federal em hipótese alguma poderá modificar o conteúdo da decisão judicial, afetando, mediante a resolução senatorial suspensiva, lei ou parte de lei que não tenha sido objeto da decisão do Supremo, sob pena de extrapolar sua atribuição constitucional, pelo que agiria como legislador positivo diante de declaração de inconstitucionalidade de lei²³¹.

Alie-se aos escritos do relator o entendimento que a lei tem ânimo condicionado e evolui historicamente, contudo, está afeita aos propósitos ambientais, não sendo compilações desordenadas e tendo sentido próprio. Segundo Maximiliano, “o pensamento não se mantém escravo da vontade, tampouco à vontade, visto que a própria vontade humana é condicionada”²³², sendo, o direito, rebento de opiniões ou convicções expressas pelo legislador²³³.

Mais além e ao mesmo tempo anteriormente, tal fato constitutivo do direito funda-se na concepção permanente da inscrição de direitos sociais constitucionais, que se integram à Carta Maior, pois carecem de eficácia à maioria da sociedade²³⁴.

Daí que, e de grande importância para este estudo, da decisão emanada pelo Senado retira-se a lição fundamental exegética²³⁵ no que tange à vontade do legislador, pois, ao declarar a inconstitucionalidade dos termos: “ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou extinguir”; insculpidos no mencionado Decreto-Lei, o Excelso Tribunal criou uma condição, tanto nova quanto indesejada pelo legislador, estendendo o benefício do crédito-prêmio do IPI a todas as

²³¹ LANDO, Amir. Resolução do Senado Federal nº 71, de 2005. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=25048&tp=1>. Acesso em 30.03.2012.

²³² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro. Forense, 2011. p. 16.

²³³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro. Forense, 2011. p. 15.

²³⁴ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, Uma Exploração Hermenêutica da Constituição do Direito*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2000. p. 238.

²³⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro. Forense, 2011. p. 166: Não existe, portanto, preceito absoluto. Ao contrário mais do que as regras precisas influem as *circunstâncias* ambientais e o *fator teleológico*.

empresas, não se restringindo àqueles fabricantes e exportadoras de produtos manufaturados, tal qual, originalmente fundou-se pelo lançamento do Decreto-Lei²³⁶.

Resta a lição do Ministro Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal, ensinando que “o poder judiciário, no controle de constitucionalidade de atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo”²³⁷.

Da mesma forma e em direta referência ao benefício do crédito-prêmio do IPI, o Ministro Teori Albino Zavascki, Do Superior Tribunal de Justiça, assevera:

A função jurisdicional, no domínio do controle de constitucionalidade dos preceitos normativos, faz do judiciário uma espécie de *legislador negativo*, pois lhe confere poder para declarar *excluída* do mundo jurídico a norma inconstitucional. Todavia, jamais o investe de função do legislador *positivo*, isto é, jamais autoriza que, a pretexto de declarar a inconstitucionalidade parcial de uma norma, possa o judiciário inovar no plano do direito positivo, permitindo que se estabeleça, com a parte remanescente da norma inconstitucional, o surgimento de uma nova norma, não prevista e nem desejada pelo legislador²³⁸.

Nesse sentido, o parecer, amplo, deita-se sobre a análise do intento legislativo, diga-se, positivo do Supremo Tribunal Federal em matéria normativa. A

²³⁶ LANDO, Amir. Resolução do Senado Federal nº 71, de 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=25048&tp=1>. Acesso em 30.03.2012.

²³⁷ ALVES, Moreira. ADI 1822-4/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1707027>. Acesso em 12.04.2012.

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Medida Liminar. Arguição de inconstitucionalidade da expressão "um terço" do inciso I e do inciso II do § 2º, do § 3º e do § 4º do artigo 47 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, ou quando não, do artigo 47, incisos I, III, V e VI, exceto suas alíneas "a" e "b" de seu § 1º, em suas partes marcadas em negrito, bem como dos incisos e parágrafos do artigo 19 da Instrução nº 35 - CLASSE 12ª - DISTRITO FEDERAL, aprovada pela Resolução nº 20.106/98 do TSE que reproduziram os da citada Lei 9.504/97 atacados. - Em se tratando de instrução do TSE que se limita a reproduzir dispositivos da Lei 9.504/97 também impugnados, a arguição relativa a essa instrução se situa apenas mediatamente no âmbito da constitucionalidade, razão por que não se conhece da presente ação nesse ponto. - Quanto ao primeiro pedido alternativo sobre a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.504/97 impugnados, a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo. - No tocante ao segundo pedido alternativo, não se podendo, nesta ação, examinar a constitucionalidade, ou não, do sistema de distribuição de honorários com base no critério da proporcionalidade para a propaganda eleitoral de todos os mandatos eletivos ou de apenas alguns deles, há impossibilidade jurídica de se examinar, sob qualquer ângulo que seja ligado a esse critério, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados nesse pedido alternativo. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.

²³⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. RESP 591.708/RS. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=1150449&num_registro=200301625406&data=20040809&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 11.04.2012.

exposição analítica de uma série de Decretos-Lei, Leis, Decretos, decisões judiciais e posições doutrinárias, fornecem clareza à dita vontade legislativa em reafirmar e regulamentar a vigência do crédito-prêmio do IPI, a última delas em lei que data de 29 de dezembro 2004²³⁹.

Ora, a dita *vontade do legislador* não pode ser expurgada da norma, pois, como é cediço, essa declaração de vontade legalmente insculpida pelo poder legislativo é expressão da vontade popular, visto que a positivação do direito surge de ações e reações lentas e oportunas²⁴⁰, e mais, é prudente, ao intérprete, averiguar tal declaração a partir da norma jurídica que se lhe apresenta, revelando todo o intento do legislador^{241 242}.

Nessa linha, Ferrara ensina com precisão ao estabelecer que o conceito da *ratio legis*²⁴³, onde “[...] o intérprete, examinando uma norma [...] não está incondicionalmente vinculado a procurar a razão [...], mas qual é o fundamento racional”²⁴⁴ que a instituiu. Para tanto, complementar é o entendimento da *occasio legis*²⁴⁵ no caminhar da interpretação²⁴⁶.

Para além, o eminente Senador contextualiza, historicamente, a necessidade da manutenção do crédito-prêmio do IPI ao destacar o momento político/social ao qual atravessava a nação, rememorando a relatoria da MP nº 252, de 2005, que dispunha, justamente, de incentivos fiscais ao desenvolvimento tecnológico, visando dar competitividade ao mercado de tecnologia da informação brasileiro para o desenvolvimento nacional^{247 248} e, desta forma, viabilizar a vigência do discutido crédito.

²³⁹ LANDO, Amir. Resolução do Senado Federal nº 71, de 2005. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=25048&tp=1>. Acesso em 30.03.2012.

²⁴⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro. Forense, 2011. p. 17.

²⁴¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro. Forense, 2011. p. 15.

²⁴² Para o caso em tela não reportamo-nos a uma, e sim a várias normas que exprimem, indubitável e inegavelmente, a vontade do legislador.

²⁴³ **Fundamento racional da norma.**

²⁴⁴ FERRARA, Francesco. *Como Aplicar e Interpretar as Leis*. Belo Horizonte. Lider, 2002. p. 36.

²⁴⁵ **Circunstância histórica.**

²⁴⁶ FERRARA, Francesco. *Como Aplicar e Interpretar as Leis*. Belo Horizonte. Lider, 2002. p. 36.

²⁴⁷ LANDO, Amir. Resolução do Senado Federal nº 71, de 2005. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=25048&tp=1>. Acesso em 30.03.2012.

²⁴⁸ **É imprescindível entender, nesse caso, o desenvolvimento nacional como desenvolvimento humano pela geração de riquezas. Não se faz, aqui, uma ode ao desenvolvimento legislativo**

Em verdade, é exatamente esta a essência do novo modelo da separação dos poderes operada pelo levante legalista do Estado Constitucional²⁴⁹, como retrocitado. Nisso importa a compreensão do artigo 52, X, da Constituição Federal como mecanismo que labora a favor desta separação advinda da instituição do Estado de Direito que, em suma, cuida da defesa dos direitos individuais em desfavor do Poder Público, tendo como escopo a tripartição do exercício entre os poderes²⁵⁰.

Observe-se que, não obstante o papel legislativo do judiciário descrito por Luño²⁵¹, é deste contexto que se desentranha o papel do legislativo legitimador dos direitos fundamentais, posto que o benefício do crédito-prêmio do IPI busca afetar, sobremaneira, a qualidade de vida e da coletividade, influenciando diretamente sobre a economia do País²⁵². Afirmativamente, o desenvolvimento econômico é um dos meios, ou etapas, para afirmar os direitos e garantias individuais.

Logo, a questão a ser respondida cuida da possibilidade de atribuir vigência à parte remanescente da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, em sede do disposto no inciso X, do artigo 52 da Constituição Federal.

Sem refutar o que desenha o relatório oferecido pelo Senador, aduzimos ser plenamente possível, não apenas pelos motivos desposados pelo parecer, como também fundamentado formal e materialmente pela própria Constituição que objetiva o desenvolvimento humano e social da nação, como manda o artigo 3º²⁵³, ou mesmo o que afirma o preâmbulo^{254 255 256} constitucional.

do Senador e sim à importância histórico/cultural/social da medida para o desenvolvimento dos direitos e garantias individuais.

²⁴⁹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 2003. p. 23: **O Princípio da Separação dos Poderes sofreu uma ruptura drástica em seu conceito clássico realizando, em seu lugar, a interdependência dando maior equilíbrio às relações entre poderes.** NOTA 56.

²⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Malheiros, 2011. p. 346.

²⁵¹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 2003. P. 97. NOTA 81.

²⁵² LANDO, Amir. Resolução do Senado Federal nº 71, de 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=25048&tp=1>. Acesso em 30.03.2012.

²⁵³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Trata-se, então, do conjunto desempenhado das aspirações do Texto Constitucional para o desenvolvimento consistente das garantias constitucionais. Para corroborar esta abstração constitucional que exprime um desejo latente ao porvir social desenvolveu-se a noção do programa normativo²⁵⁷.

Isso se deve a um ideário acerca da totalidade constitucional, do princípio da funcionalidade ou correção funcional que impõe ao intérprete o respeito ao marco distributivo de funções estatais e, fatalmente, ao princípio da eficácia ou efetividade, que sujeita a atividade interpretativa à escorreita observação ao

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011.

Preâmbulo. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, **destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional**, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

²⁵⁵ LÚCIA, Cármen. ADI 2.649/DF. Voto proferido em 08.05.2008. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em 11.04.2012.

Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que ‘O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’, tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico’ (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade.”

²⁵⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro. Forense, 2011. p. 216: O *preâmbulo* dá ideia do “estado de coisas que se resolveu mudar, dos males destinados a serem remediados, das vantagens amparadas ou promovidas pela lei nova [...] põe em evidência as *causas* da iniciativa parlamentar e o *fim da norma*; por isso, conquanto não seja parte integrante desta, merece apreço como elemento de exegese. Quase sempre traduz o motivo, a orientação, o objetivo da lei, em termos concisos, mas explícitos.

²⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

conteúdo constitucional, concentrando-se na máxima expansão do sistema de liberdades constitucionais²⁵⁸.

O princípio da efetividade tenciona relacionar-se intimamente com a tese da força normativa da constituição, pois se presta a privilegiar as soluções hermenêuticas que viabilizem uma constante atualização normativa que, por possuir uma consciência histórica das inconstâncias estruturais da condição socioeconômica, busque garantir a máxima e permanente eficácia dos prescritos constitucionais²⁵⁹.

A realização desse ideário requer a composição de uma adequação do pensamento de Häberle sobre as características do Estado Constitucional²⁶⁰ aos institutos constitucionais citados há pouco. Influímos ocupar-se, tal inovação no campo normativo constitucional, da supremacia constitucional em justaposição ao conformador elemento cultural da Constituição que se transforma para dar eficácia às suas previsões, ocupa-se, por fim, da Constituição viva²⁶¹.

Mais ainda, isto se deve à diferença que deve ser estabelecida entre valores e princípios constitucionais. Uma diferença que, sucintamente, se erige do estabelecimento de princípios para a constituição do alicerce composto do ordenamento que prestará o sentido próprio deste, que se ocupará de toda a interpretação e aplicação dos seus conteúdos em três dimensões: fundamental, orientadora e crítica²⁶².

Por oportuno, a despeito da afirmação de que a repercussão geral em sede de recurso extraordinário mitiga o uso do inciso X, do artigo 52, da Constituição Federal, nos resta o exemplo ora discutido.

²⁵⁸ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2003. p. 277.

²⁵⁹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2003. p. 278.

²⁶⁰ HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 6.

²⁶¹ HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 6.

²⁶² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2003. p. 287.

Lembremos ainda, desataviados de precauções conceituais, que da discussão da ADI 4029/DF²⁶³, oportunidade em o Supremo Tribunal Federal quase repetiu a façanha de Marco Licínius Crasso²⁶⁴, restava, ainda, a apreciação pelo Senado Federal por força do disposto no discutido instituto que empresta eficácia a este tipo de decisão, o que, minimamente, poderia dirimir o ledó e tredo engano que

²⁶³ ADI 4029/DF.

**ADI 4029 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Controle de
Constitucionalidade - Meio Ambiente.**

Relator: Min. Luiz Fux.

Requerente: Associação Nacional dos Servidores do IBAMA

Requerido: Presidente da República – Congresso Nacional.

A Associação Nacional dos Servidores do IBAMA - ASIBAMA Nacional propõe ação direta, com pedido de medida cautelar, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei federal n. 11.516, de 28 de agosto de 2.007. O requerente alega que o ato normativo impugnado colide com o disposto nos artigos 62, caput e § 9º, 225, caput e § 1º, da Constituição do Brasil O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente a ação direta, com modulação da eficácia, contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, que a julgava improcedente, e Marco Aurélio, que a julgava de todo procedente. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falou, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União. Plenário, 07.03.2012.

O Tribunal acolheu questão de ordem suscitada pelo Advogado-Geral da União, para, alterando o dispositivo do acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.029, ficar constando que o Tribunal julgou improcedente a ação, com declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 5º, caput, artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 01/2002, do Congresso Nacional, com eficácia *ex nunc* em relação à pronúncia dessa inconstitucionalidade, nos termos do voto do Relator, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente), que julgava procedente a ação. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, nesta questão de ordem, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 08.03.2012.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2595890>.

Acesso em: 16.04.2012.

²⁶⁴ Em 59 a.C, o poder em Roma foi dividido entre três figuras: Júlio César, Pompeu Magnus e Marco Licinius Crasso. Enquanto os dois primeiros eram notáveis generais, que ampliaram os domínios romanos, Crasso era mais conhecido pela sua riqueza do que por seu talento militar: César conquistou a Gália (França), Pompeu dominou a Hispânia (Península Ibérica) e Jerusalém, por exemplo. Crasso tinha, assim, uma idéia fixa: conquistar os Partos, um povo persa cujo império ocupava, na época, boa parte do Oriente Médio - Irã, Iraque, Armênia e outros, conta o professor de Letras da Universidade Luterana do Brasil (Ulbra) Robert Levonian.

À frente de sete legiões, ou 50 mil soldados, confiou demais na superioridade numérica de suas tropas. Abandonou as táticas militares romanas e tentou atacar simplesmente - na ânsia de chegar logo ao inimigo, cortou caminho por um vale estreito, de pouca visibilidade. As saídas do vale, então, foram ocupadas pelos partos e o exército romano foi dizimado - quase todos os 50 mil morreram, incluindo Crasso.

Daí a expressão: erro Crasso.

Disponível em: <http://www.meionorte.com/tatyuquimaraes/o-que-e-erro-crasso-60676.html>. Acesso em 16.04.2012.

se afigurava em decisão do Pretório Excelso, reforçando a necessidade dos poderes em andar de concerto²⁶⁵.

Nas contundentes, todavia certas, palavras de Streck, “Parece evidente que esse dispositivo constitucional não pode ser inútil”²⁶⁶.

Porquanto necessária, a exclusão da competência senatorial tem consequências que transpassam a utilidade prática do instituto, ultrapassam a quebra conceitual constitucional da tripartição dos poderes e tem o condão do desvirtuamento e definhamento do sistema fundado em 1988.

Veremos, então, quais comprometimentos legais se avizinham, perigosamente, da pretensa mutação constitucional.

3.3 Implicações para o Sistema Político-Jurídico Brasileiro

Registre-se que, por anterioridade, implica em desmando constitucional a subtração da competência privativa do Senado Federal em face ao avanço das atribuições do Supremo Tribunal Federal. Este pensamento é motivado pelos argumentos que ora questionamos.

A suposta mutação, tal qual defendida e pretendida pelos Ministros do Supremo ou mesmo como fenômeno do costume jurídico, como verificado a retrós, tem agravantes violações ao texto constitucional.

De antemão, ofende os princípios do Estado Democrático de Direito ao atacar as previsões plasmadas no *caput* do artigo 1º²⁶⁷, do Texto Magno²⁶⁸, não obstante os conceitos renovados pela teoria do Estado Constitucional em matéria de

²⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado – Montesquieu e o Pensamento de Liberdade do Século XVIII. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 270.

²⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso. Acesso em: 19.04.2012.

²⁶⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:

²⁶⁸ JUNIOR, Nelson Nery. Anotações Sobre Mutações Constitucionais – Alteração da Constituição sem Modificação do Texto, Decisionismo e Verfassungsstaat. São Paulo. Revista dos Tribunais: Coimbra. Coimbra, 2009. p. 101.

direitos humanos e garantias fundamentais²⁶⁹ e da própria evolução conceitual do Estado de Direito em direção ao Estado Constitucional aqui descrito²⁷⁰.

Utilizando as prescrições contidas nos artigos 4º e 5º²⁷¹, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²⁷², conhecida como LICC, verifica-se que o desígnio legiferante do órgão judiciário macula, intrinsecamente, o princípio do devido processo legal, conteúdo também descrito no inciso LIV, do artigo 5º, da Carta Maior, e o princípio da ampla defesa e do contraditório, inciso LV²⁷³ do mencionado artigo constitucional, vez que reduzido a um órgão de imprensa, o Senado, enquanto legitimado pelo voto direto e como representante do Congresso Nacional, deixa de exercer a vontade popular na consecução das normas constitucionais²⁷⁴.

Os princípios em comento têm relação íntima, vez que o devido processo legal trás consigo a consequência necessária da ampla defesa e do contraditório, no caso em tela, representados pelo disposto no artigo 52 da Constituição Federal²⁷⁵.

²⁶⁹ Antonio-Henrique Pérez. La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2002. p. 98.

²⁷⁰ **Estado de Direito =Estado Constitucional.**

²⁷¹ DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942.

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art.5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

²⁷² LEI Nº 12.376, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2010.

Art. 1º Esta Lei altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, **ampliando o seu campo de aplicação.**

Art. 2º A ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.”

²⁷³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

²⁷⁴ STRECK, Lênio Luiz. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso. Acesso em: 19.04.2012.

²⁷⁵ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo. Atlas, 2001. p. 117.

Em extensão a este raciocínio, Streck²⁷⁶, leciona com precisão acerca do tema:

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário (art. 103, III, a, b, c, d, da Constituição da República) julga “as causas decididas em única ou última instância”, ou seja, julga a aplicação dada à Constituição em situações jurídicas concretas, e não meras teses sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis e de atos normativos. O Supremo Tribunal, aqui, não funciona nem mesmo como mera corte de cassação, mas como corte de apelação, cabendo-lhe julgar tanto o *error in procedendo* quanto o *error in iudicando*. Assim, o resultado da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade nunca é o julgamento de uma tese, e dessa atuação não resulta uma teoria, mas uma decisão; e essa decisão trata da inconstitucionalidade como preliminar de mérito para tratar do caso concreto, devolvido a ele por meio de recurso, sob pena de se estar negando jurisdição (art. 5.º, XXXV e LV, da Constituição da República).

Nesse diapasão, inferimos que a decisão que afeta a sociedade de forma abrangente, vinculando e obrigando uma matéria, deve ser minimamente legitimada pela mesma sociedade. Esse papel cabe ao Senado quando, ao dar eficácia *erga omnes* à decisão da Suprema Corte, representa a vontade popular²⁷⁷.

Lembramos que, corroborando esse entendimento, a doutrina constitucional confere o papel legitimador, em matéria de direitos e garantias fundamentais, ao Poder Legislativo²⁷⁸, personificado, aqui, pela sua Câmara Alta.

Em que pese não ser possível olvidar tratar-se de *clausula petrea*, a inobservância ao disposto no inciso X, do artigo 52, que vige sem suspeitas, ultrapassa a afirmação de precedente de não cumprimento de norma constitucional tisonando a própria integridade da Constituição²⁷⁹.

²⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso. Acesso em: 19.04.2012.

²⁷⁷ STRECK, Lênio Luiz. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso. Acesso em: 19.04.2012.

²⁷⁸ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion. Madrid: Tecnos, 2003. p. 97.

²⁷⁹ STRECK, Lênio Luiz. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso. Acesso em: 19.04.2012.

Ainda em assento de inconstitucionalidade, a tese suprema transgride, da mesma feita, o princípio da separação dos poderes, vez que injuria o artigo 2º, ademais, ameaça, sobremaneira, a vigência dos incisos II, XXXIV e XXXV, se colocando contrariamente, ainda, ao inciso XXXVII, todos do artigo 5º²⁸⁰ da Constituição, direitos afetos, diretamente, às garantias individuais²⁸¹.

Cuida-se, por ora, do corolário do princípio da legalidade, pedra angular da existência e do desenvolvimento político/social do Estado de Direito, em que a inobservância signifique seu desmantelo²⁸². Junte-se a este entendimento tudo naquilo em que o Estado Constitucional se erigiu a partir dos princípios basilares do Estado de Direito²⁸³.

Digno de nota que o princípio da legalidade, embora seja sustentáculo da doutrina constitucionalista, é algo bem mais antigo. Cinge-se ao ideal isonômico grego perante as leis, na premissa do bom governo. Nas declarações do elogio de Eurípedes nas *Suplicantes*, seguido pela inteligência de Cícero no *De Legibus*²⁸⁴, aferimos sua importância. Vejamos:

Eurípedes: Nada é mais inimigo da cidade do que um tirano, quando, no lugar de existirem leis gerais, um só homem tem o poder, sendo ele mesmo e para si próprio o autor das leis e não existindo, assim, nenhuma igualdade.

Cícero: Vós, pois, compreendeis que o papel do magistrado é governar e prescrever o que é justo, útil e de conformidade com as leis. Os magistrados estão acima do povo da mesma forma que as leis estão acima dos magistrados; podemos, com razão e

²⁸⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

²⁸¹ JUNIOR, Nelson Nery. Anotações Sobre Mutação Constitucional – Alteração da Constituição sem Modificação do Texto, Decisionismo e Verfassungsstaat. São Paulo. Revista dos Tribunais: Coimbra. Coimbra, 2009. p. 101.

²⁸² MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2001. p. 97.

²⁸³ HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 6.

²⁸⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Brasília: UnB, 2007. p. 674.

propriedade, afirmar pois que os magistrados são a lei falante e as leis os magistrados mudos²⁸⁵.

Da leitura citada, consecutivo é o pensamento sobre legitimidade e a consequente crença neste preceito que se instala como elemento formador da relação de vínculo que urge no campo estatal²⁸⁶. Em que pesem os avanços da doutrina constitucional terem elevado o princípio da legalidade ao patamar constitucional, submetendo-o, portanto, a toda a materialidade constitucional²⁸⁷.

Entendamos a legitimidade, com afeição constitucional, como um argumento muito mais político do que jurídico que, assentada desta forma, proporciona estabilidade ao poder e, por conseguinte, solidez e o reconhecimento social a este²⁸⁸.

Os princípios constitucionais da legalidade e da legitimidade se fundem, e assim é necessário para o caso em tela, em razão da transformação do órgão máximo do Poder Judiciário. Tal evolução se deve à capacidade legislativa positiva atribuída ao Supremo por força da Emenda Constitucional 45²⁸⁹.

O controle de constitucionalidade exercido no interesse dos poderes públicos e do Executivo é de todo admissível e legítimo, mas desde que contido nas raias da Constituição, cujos limites não lhe é lícito ultrapassar; em se tratando, porém, de controle feito para salvaguarda dos direitos fundamentais, a legitimidade é reforçada com apoio nos princípios, que são o espírito, a razão, a consciência da Constituição, o alfa e ômega de toda lei fundamental, o sentimento profundo de cidadania, que a faz intangível e inquebrantável.

Ambos os controles têm por ponto de confluência o bem comum e os valores éticos e superiores da sociedade alçados à categoria de direito nas instâncias fiscalizadoras da legitimidade constitucional.

²⁸⁵ EURÍPEDES E CÍCERO *in* BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Brasília: UnB, 2007. p. 674.

²⁸⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Brasília: UnB, 2007. p. 675.

²⁸⁷ LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2002.

²⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext.

Acesso em: 17.04.2012.

²⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext.

Acesso em: 17.04.2012.

O controle concentrado de constitucionalidade, muito mais que o controle difuso – o *judicial review*, da tradição americana de Marshall – conduz irremissivelmente ao reconhecimento patente da politização da jurisdição constitucional²⁹⁰.

Na esteira deste raciocínio, é importante a compreensão de que ao fixar o entendimento acerca da mutação, que ora se pretende instruir no Texto Magno, o Supremo Tribunal Federal atribuirá, na prática, os efeitos do controle concentrado ao controle abstrato, o que tem o poder de, em total desacordo com as normas estabelecidas, conferir eficácia de coisa julgada material à causa de pedir em processo judicial subjetivo²⁹¹.

A controvérsia se estabelece pela legitimidade do órgão jurisdicional para estabelecer, positivamente, regras que atinjam a todos. Manifesta e constitucionalmente evidente é a legitimidade jurisdicional a qual *desenvolve* o Supremo Tribunal, por outro lado, a legitimidade que se refere ao *exercício* desta jurisdição é posta em questão, vez que oscila entre o Direito e a Política. A problemática não mora no componente político afeto às decisões, mas às interferências políticas a que estas, porventura, estejam expostas²⁹².

A questão volta-se, então, às competências de natureza constituinte, invadidas pela decisão de eficácia *erga omnes* em sede de controle concentrado de constitucionalidade²⁹³. Este é o entendimento do Supremo Tribunal, no tocante ao tema da eficácia:

A jurisprudência do Supremo Tribunal, no tocante à utilização do instituto da reclamação em sede de controle concentrado de normas, também deu sinais de grande evolução no julgamento da questão de ordem em agravo regimental na Rcl. nº 1.880, em 23 de maio de

²⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext.

Acesso em: 17.04.2012.

²⁹¹ JUNIOR, Nelson Nery. Anotações Sobre Mutação Constitucional – Alteração da Constituição sem Modificação do Texto, Decisionismo e Verfassungsstaat. São Paulo. Revista dos Tribunais: Coimbra. Coimbra, 2009. p. 101.

²⁹² BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext. Acesso em: 17.04.2012.

²⁹³ STRECK, Lênio Luiz. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso. Acesso em: 19.04.2012.

2002, quando no Tribunal restou assente o cabimento da reclamação para todos aqueles que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do STF, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado²⁹⁴.

Harmonizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal acerca de decisão em sede de Reclamação, a inteligência da transmutação da eficácia da decisão em sede de controle concentrado não pode prosperar como se pretende, pois, como vimos, existe uma barreira constitucional a impedir esta evolução vinculante às decisões do Tribunal, sobretudo, no que tange à positivação dos direitos e garantias fundamentais²⁹⁵.

Desta forma, os desígnios dos incisos III²⁹⁶ e IV²⁹⁷, do § 4º, artigo 60, da Constituição Federal, são igualmente atingidos em essência, com afirmativa de negação de vigência, vez que a própria jurisprudência do Excelso Pretório reafirma

²⁹⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo458.htm>. Acesso em: 16.04.2012.

²⁹⁵ LANDO, Amir. Resolução do Senado Federal nº 71, de 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=25048&tp=1>. Acesso em 30.03.2012.

²⁹⁶ BRITO, Ayres. Voto relatório nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.356 e 2.362.

"A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de 'originário') não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. **Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas***. O art. 78 do ADCT, acrescentado pelo art. 2º da EC 30/2000, ao admitir a liquidação 'em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos' dos 'precatórios pendentes na data de promulgação' da emenda, violou o direito adquirido do beneficiário do precatório, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Atentou ainda contra a independência do Poder Judiciário, cuja autoridade é insuscetível de ser negada, máxime no concernente ao exercício do poder de julgar os litígios que lhe são submetidos e fazer cumpridas as suas decisões, inclusive contra a Fazenda Pública, na forma prevista na Constituição e na lei. Pelo que a alteração constitucional pretendida encontra óbice nos incisos III e IV do § 4º do art. 60 da Constituição, pois **afronta 'a separação dos Poderes' e 'os direitos e garantias individuais'.**" ([ADI 2.356-MC](#) e [ADI 2.362-MC](#), Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, julgamento em 25-11-2010, Plenário, *DJE* de 19-5-2011.)

*Grifo nosso.

²⁹⁷ PERTENCE, Sepúlveda. Voto relatório no Mandado de Segurança n. 24.875.

"Mandado de segurança: possibilidade jurídica do pedido: viabilidade do controle da constitucionalidade formal ou material das emendas à Constituição. Magistrados. Subsídios, adicional por tempo de serviço e o teto do subsídio ou dos proventos, após a EC 41/2003: arguição de inconstitucionalidade, por alegada irrazoabilidade da consideração do adicional por tempo de serviço quer na apuração do teto (EC 41/2003, art. 8º), quer na das remunerações a ele sujeitas ([art. 37](#), XI, CF, cf EC 41/2003): rejeição. Com relação a emendas constitucionais, o parâmetro de aferição de sua constitucionalidade é estreitíssimo, adstrito às limitações materiais, explícitas ou implícitas, que a Constituição imponha indubitavelmente ao mais eminente dos poderes instituídos, qual seja o órgão de sua própria reforma. Nem da interpretação mais generosa das chamadas 'cláusulas pétreas' poderia resultar que um juízo de eventuais inconveniências se convertesse em declaração de inconstitucionalidade da emenda constitucional que submeta certa vantagem funcional ao teto constitucional de vencimentos." (MS 24.875, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 11-5-2006, Plenário, *DJ* de 6-10-2006.)

as limitações formais e materiais contidas no texto constitucional de forma a coibir e, mesmo, proibir todo tipo de progressão conceitual do que expõe o seu artigo 60²⁹⁸, cravando os limites materiais e formais à emenda constitucional.

Por fim, e de modo a consubstanciar a inconstitucionalidade²⁹⁹ hiperbólica³⁰⁰ aqui descrita, é inegável, tal qual inaceitável, que o desígnio judicial “ofende e nega vigência à CF, art. 52, X, a pretexto de que estaria ocorrendo mutação constitucional”^{301 302}, sobretudo, por vias da reclamação, instituto que não

²⁹⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

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

I - a forma federativa de Estado;

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

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

²⁹⁹ Luño, ao declarar a constitucionalidade como o *novel* paradigma do princípio da legalidade.

Portanto, para esta passagem, leia-se, também, *ilegalidade*.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. Madrid: Tecnos, 2003. p. 97.

³⁰⁰ **Tudo quanto aqui discutido, volta sempre ao ponto da competência do Senado Federal, dado que a produção de eficácia à decisão que torna inconstitucional norma vigente é dada por esta casa legislativa, em se tratando de Ação de Direta de Inconstitucionalidade. Com especial referência ao tema, vimos, outrora, que é competência legislativa, de todo modo, a decisão sobre direitos e garantias fundamentais, o que o presente ímpeto jurisdicional não cuida de afirmar e sim restringir.**

³⁰¹ JUNIOR, Nelson Nery. Anotações Sobre Mutações Constitucionais – Alteração da Constituição sem Modificação do Texto, Decisionismo e Verfassungsstaat. São Paulo. Revista dos Tribunais: Coimbra. Coimbra, 2009. p. 101.

³⁰² **“O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República.** O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, **desde que pautado pelo respeito à Constituição***, não transgredir o princípio da separação de poderes.” (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000.) No mesmo sentido: RE 583.578-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 31-8-2010, Segunda Turma, DJE de 22-10-2010.

*Grifo nosso.

se presta à diminuição de competências de outro poder, pelo menos constitucionalmente, pela leitura do *caput* do artigo ao qual esta inserida³⁰³.

³⁰³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011.

Art. 102. **Compete ao Supremo Tribunal Federal**, precipuamente, **a guarda da Constituição**, cabendo-lhe:

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

CONCLUSÃO

Como vimos, a Separação dos Poderes é tema que não está à disposição de deliberações legislativas e, tampouco, judiciais, dado que o próprio Texto Maior impede sua discussão. Ademais, não consta das competências de nenhum dos poderes quaisquer atribuições que lhes permitam alterar qualquer característica referente à competência de outros poderes, ainda que redundante, deve-se isto ao princípio da separação dos poderes.

O inciso X, do artigo 52, da Constituição Federal é o início, o meio e o fim dessa discussão sob a perspectiva da separação dos poderes no Estado Constitucional. É a partir da compreensão do papel fiscalizador que este exerce sobre a função judiciária que impõe-se sua apreciação.

Óbvio, por conseguinte, é o papel da fiscalização recíproca exercida pelos poderes, porquanto necessária. Não tratamos, aqui, de enaltecer as funções do Poder Legislativo ou deprimir o Judiciário, ou mesmo atribuir qualquer destas suposições ao Poder Executivo que esteve ao largo da discussão. Pelo contrário, cuida-se de fortalecer as instituições republicanas em contrapartida da fortaleza constitucional.

Como amplamente afirmado a retrós, o Estado Constitucional, em contraposição ao Estado de Direito que tem a lei como centro do ordenamento, é regido por preceitos constitucionais. A lei deixa de ser o cerne do ordenamento jurídico para estabelecer a Constituição como parâmetro para todo o comportamento legal do Estado.

Data vênia, a despeito da pirâmide Kelseniana, o paradigma constitucional vertente supõe a existência de um cone tridimensional, onde a Constituição é topo como também centro e dela emana tudo, sendo onisciente, vez que, o que o Texto não abarca, manda construir.

Contudo, não podemos diminuir a sistemática fundada pela doutrina constitucionalista – fundamentada pela materialidade constitucional – acerca da interdependência entre os poderes permitindo um movimento osmótico das

competências dos Órgãos de Estado, porém, estes órgãos têm um campo de atuação afeto a cada poder que, uma vez superados, incorre-se na transgressão do Princípio da Separação.

Não obstante, a tarefa mais importante do Poder Legislativo no Estado Constitucional é reproduzir o princípio da legitimidade, que aqui devemos compreender como princípio da constitucionalidade, através da aplicação de técnicas constitucionais na positivação dos direitos fundamentais.

Desta forma, a questão à qual se buscou resposta, não é outra senão, como promover uma jurisdição constitucional caracterizada pela positivação de direitos fundamentais? Impossível! Pois é disso que se cuida por evitar. A legitimação dos direitos e garantias fundamentais segue o rito legitimador legislativo, aliás, como assim o quer a sociedade.

O conteúdo subsistente do controle concentrado não pode, simplesmente, ser alçado à eficácia plena sem a chancela da constitucionalidade, sob pena de infringir, à sociedade, prejuízos inderrogáveis, no que tange a seus efeitos sobre a estabilidade constitucional.

A atividade política desempenhada pelo Congresso Nacional deve cuidar de assentar direitos e garantias fundamentais, não parecendo prudente declinar este papel à ilegitimidade constitucional do Poder Judiciário, vez que esta legitimidade é legislativa.

Do mesmo modo, não faria sentido a existência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade se seus efeitos fossem os mesmos, não deve ser, de toda, inútil esta existência.

Não se trata aqui de questionar a liberdade ou a independência do judiciário brasileiro, a contrário senso, busca-se firmar a independência entre os poderes como bem quer a Carta da República. Ademais, parafraseando Bóbbio, lícito é o jogo quando jogado segundo as suas regras.

É a estabilidade constitucional que nos assevera e presenteia com a independência entre os poderes. Devemos respeito, gratidão e, sobretudo, vinculação, em todos os níveis sociais, a esta estabilidade.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Ana Valderez A. N. de. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado, 1978.
- ALENCAR, Ana Valderez A. N. de; RANGEL, Leyla Castelo Branco. Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas Alterações. Brasília: Senado, 1986.
- BARBOSA, Rui. A Constituição e os Actos Constitucionaes do Congresso e do Executivo Ante a Justiça Federal. Rio de Janeiro: Atlantida, 1893.
- BARREL, Rex A. Bolingbroke and France, Lanham: University Press of America, 1988.
- BARROSO, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo. Saraiva, 2009.
- BEMFICA, Francisco Vani. Curso de Teoria do Estado. Forense: Rio de Janeiro, 1970.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Brasília: UnB, 2007.
- BOBBIO, Norberto. Locke e o Direito Natural. Brasília: UnB, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext. Acesso em: 17.04.2012.
- BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado – Montesquieu e o Pensamento de Liberdade do Século XVIII. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRANCO, Paulo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártirez; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2011.
- BULOS, Uadi Lamego. Revista de Informação Legislativa – Da Reforma à Mutação Constitucional. Brasília: Senado, 1996.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Constituições de Brasil / Compilação e Atualização dos Textos, Notas, Revisão e Índices. São Paulo: Atlas, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. Saraiva: São Paulo, 1979.

DAU-LIN, Hsu. Mutacion de la Constitucion. Instituto Vasco de Administracion Pública. Trad. Christian Förster, 1998. Berlin und Leipzig, 1932.

FERRARA, Francesco. Como Aplicar e Interpretar as Leis. Belo Horizonte. Lider, 2002.

FERREIRA, Luiz Pinto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIUZA, Arnaldo Malheiros; COSTA, Mônica Aragão Martiniano Ferreira. Aulas de Teoria do Estado. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Direito Constitucional: Teoria da Constituição; as Constituições do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. La Garantía em El Estado Constitucional de Derecho. Madrid: Trotta, 1997.

FREUD, Sigmund. O Futuro de uma Ilusão. Rio de Janeiro; Imago, 1997.

HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Buenos Aires: Astrea, 2007.

HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HOBBS, Thomas. Elementos de Direito Natural e Político. Porto: RÉ.S.

HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

JELLINEK, Georg. Reforma y Mutacion de La Constitucion. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JUNIOR, Nelson Nery. Anotações Sobre Mutação Constitucional – Alteração da Constituição sem Modificação do Texto, Decisionismo e Verfassungsstaat. São Paulo. Revista dos Tribunais: Coimbra. Coimbra, 2009.

KELSEN. Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LANDO, Amir. Resolução do Senado Federal nº 71, de 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=25048&tp=1>. Acesso em: 30.03.2012.
- LIMA, Raul. O Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1972.
- LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo Civil. Petrópolis: Vozes, 2006.
- LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion. Madrid: Tecnos, 2003.
- LUÑO, Antonio-Enrique Perez. Los Derechos Fundamentales. Madrid: Tecnos, 2007.
- LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2002.
- MARANHÃO, Ricardo; JUNIOR, Antônio Mendes. Brasil História, Era Vargas. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- MARTINEZ, Vinício C.. Estado de Direito. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 918, 7 jan. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7786>. Acesso em: 02. out. 2011.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Separação de Poderes no Brasil. Brasília: PrND, 1985.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Crédito prêmio IPI - Pareceres Tributários. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2001.
- PINHO, A. P. Soares de. Freios e Contrapesos do Governo na Constituição Brasileira. Niterói, 1961.
- PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Declaração do s Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 14. nov. 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso. Acesso em: 19.04.2012.

STRECK, Lênio Luiz. Hermen tica Jurídica e(m) Crise, Uma Exploração Hermen tica da Constituição do Direito. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2000.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002.

VALE, Osvaldo Trigueiro. O General Dutra e a Redemocratização de 45. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.