

Intepretação constitucional e limites à reação legislativa

*Pedro Siqueira De Pretto*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

*Renato Siqueira De Pretto*²

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. Jurisdição constitucional brasileira e neo-constitucionalismo. 2. Legitimidade da jurisdição constitucional e a relevância dos diálogos interinstitucionais. 3. Limites e conseqüências no abuso da reação interinstitucional à decisão judicial. Conclusões.

Introdução

A Constituição da República é a norma ápice do sistema jurídico pátrio. As normas que dela são extraídas devem ser respeitadas por todos os atos perpetrados pelos Poderes Constituídos. A sua alteração, inclusive, não pode ser realizada de qualquer maneira, seja no aspecto formal, seja no aspecto material, devendo seguir os ditames preceituados no seu artigo 60.

Não cabe apenas ao Judiciário a tarefa de fazer respeitar e cumprir a Constituição. Esse encargo incumbe a todos os Poderes da República, cada qual nas suas funções estabelecidas.

¹ Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Professor Assistente do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Escola Paulista da Magistratura – Núcleo Regional de Araçatuba.

² Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE/Bauru. Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Professor Universitário (PUCCAMP). Professor Assistente do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da Escola Paulista da Magistratura em Campinas e Professor de Direito Tributário do Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS).

Essa atuação, todavia, pode levar a determinados embates, notadamente nos casos em que os Poderes pretendem atuar nas mesmas situações, cada qual impondo a melhor interpretação do Texto Supremo para certa hipótese.

Nesse contexto, este artigo pretende delinear, de forma breve, a resistência havida no exercício dos diálogos constitucionais entre os Poderes Estatais, mormente considerando a edição de atos legislativos “corretivos” após decisões judiciais sobre coincidente matéria e as respectivas consequências práticas.

1. Jurisdição constitucional brasileira e neoconstitucionalismo

A jurisdição constitucional possui como enfoque a atuação do Poder Judiciário com o escopo de salvaguardar as normas previstas e extraídas da Constituição da República. Coaduna-se o papel exercido pelos Magistrados com o objetivo de, mediante a atuação em determinado processo, garantir a aplicabilidade e o respeito do Texto Constitucional.

Não poderia ser diferente a exigência de observação dos ditames da Lei Maior, pois, ao longo do tempo, espelhou-se a necessidade de elaboração de uma Constituição escrita, que revelasse a existência de direitos fundamentais e apresentasse preceitos, visando à limitação e à separação dos Poderes, a fim de conter o abuso daqueles que exerciam a função de comando, no mais das vezes, de maneira arbitrária. Nesse sentido é o escólio de André Ramos Tavares:³

[...] É comum o emprego da expressão “jurisdição constitucional” para designar a sindicabilidade desenvolvida judicialmente tendo por parâmetro a Constituição e por hipótese de cabimento o comportamento em geral e, principalmente, do Poder Público, contrário àquela norma paramétrica.

A fiscalização do cumprimento da Constituição tem como pressuposto básico a ideia desta como conjunto normativo fundamental, que deve ser resguardado em sua primazia jurídica, vale dizer, em que se impõe a rigidez constitucional. Requer-se, ainda, a Constituição em sentido formal.

³ *Curso de direito constitucional*, p. 266-267.

A propósito, é o que justamente encontramos em nosso primeiro Código integralmente apresentado, discutido, votado e aprovado sob o feixe da Constituição de 1988, qual seja, o Código de Processo Civil de 2015, cujo artigo 1º dispõe que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Todo esse ideal levou ao modo por meio do qual se realiza a defesa de nossa atual Carta Magna na esfera jurisdicional: de maneira difusa ou de maneira concentrada.

O primeiro - controle difuso-concreto - é o incorporado do sistema norte-americano e pode ser realizado por qualquer Juiz ou Tribunal, em determinado caso concreto, com efeitos, em regra, *ex tunc*⁴ e *inter partes*.

Por sua vez, o controle concentrado-abstrato, originado da Áustria, é efetivado, no plano federal, tendo como base a Constituição Federal⁵, mediante formulação de um requerimento diretamente ao Supremo Tribunal Federal, órgão ao qual a Constituição da República, em seu artigo 102, incumbiu sua guarda. Dessa maneira, a princípio, não é aplicável a algum caso concreto, mas mediante uma ação judicial que analisará a compatibilidade e a harmonia sob o prisma objetivo, sem discussão, portanto, de direitos subjetivos, de um ato normativo com a norma superior do ordenamento jurídico pátrio, gerando efeitos erga omnes, vinculante e, em virtude do disposto no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, como regra, *ex tunc*.⁶ Da própria Constituição Federal (artigo 102, inciso I, alínea “a”, e § 1º, respectivamente), extraem-se as ações de controle concentrado: ação direta de inconstitucionalidade; ação declaratória de constitucionalidade; e arguição de descumprimento de preceito fundamental.

⁴ Veja-se que o Supremo Tribunal Federal tem aplicado a modulação dos efeitos temporais, prevista no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, também para o método difuso-concreto de controle de constitucionalidade, como se depreende, por exemplo, dos seguintes julgados: RE 442.683/RS; RE 197.917/SP; RE 217.141/SP.

⁵ No plano estadual, figurando a Constituição Estadual como suporte normativo, o controle de constitucionalidade jurisdicional pelo método abstrato é exercido pelo Tribunal de Justiça, como se infere do artigo 74, inciso VI, da Constituição do Estado de São Paulo.

⁶ Com propriedade esclarece o Min. Teori Albino Zavascki que a eficácia subjetiva erga omnes corresponde aos efeitos para todos os possíveis destinatários da norma que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade produz; de seu turno, “o efeito vinculante confere ao julgamento uma força obrigatória qualificada, com a consequência processual de assegurar, em caso de recalitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo – a reclamação – para impor o seu cumprimento” (*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, p. 52-53).

O Supremo Tribunal Federal exerce, nesse juízo de compatibilidade de um ato em relação ao Texto Maior, as funções de Corte Constitucional, cabendo-lhe proferir a última decisão, ao menos ao próprio Poder Judiciário e ao Poder Executivo⁷, acerca da aplicação e interpretação mais adequada, na sua visão, da Constituição.

Nossa Suprema Corte, todavia, em razão da explosão da litigiosidade processual, vem enfrentando problemas no que tange ao exercício dessa função de Corte Constitucional, uma vez que competente para o julgamento de outras causas não relacionadas propriamente com o controle da Constituição⁸. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, a respeito do tema, ponderam:

[...] A discussão na Constituinte sobre a instituição de uma Corte Constitucional, que deveria ocupar-se, fundamentalmente, do controle de constitucionalidade, acabou por permitir que o Supremo Tribunal Federal não só mantivesse a sua competência tradicional, com algumas restrições, como adquirisse novas e significativas atribuições. A Constituição de 1988 ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e ao controle da omissão inconstitucional.⁹

E esse controle acentua-se em face do neoconstitucionalismo, fenômeno cunhado para justificar, hodiernamente, a força normativa e a valorização dos princípios no Estado Democrático de Direito. Verificou-se que apenas se valer do texto normativo que está no cume de determinado sistema jurídico para respaldar condutas perpetradas por agentes públicos não seria suficiente para resguardar os direitos insculpidos constitucionalmente.

⁷ Nesse vértice, o teor do § 2º do artigo 102 de nossa Lei Maior: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

⁸ A título de exemplificação, a competência originária para o julgamento de crimes comuns perpetrados por certas autoridades (artigo 102, inciso I, alíneas “b” e “c”, da Constituição).

⁹ *Curso de direito constitucional*, p. 965.

O neoconstitucionalismo decorreu, então, de análises realizadas após a Segunda Guerra Mundial. De fato, após os julgamentos de Nuremberg, a defesa dos oficiais nazistas sustentava que eles somente tinham obedecido ao Direito positivo da Alemanha, ou seja, argumentavam que não poderiam ser condenados, uma vez que as condutas por eles tomadas encontravam respaldo na legislação vigente na época. Na visão de Daniel Sarmento:

[...] Assim, por exemplo, ao invés da insistência na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, ou mero reconhecimento da discricionariedade política do intérprete nos casos difíceis, na linha do positivismo mais moderno de Kelsen e Hart, o neoconstitucionalismo se dedica à discussão de métodos ou de teorias de argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os “casos difíceis” do Direito. Há, portanto, uma valorização da razão prática no âmbito jurídico. Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geometrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar. A ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas.¹⁰

Assim, concluiu-se que o Direito não poderia se justificar por si mesmo. A norma jurídica demandava uma legitimidade diferente, surgindo a ideia de que o Direito apenas seria válido se baseado na dignidade da pessoa humana. Como visto, ele foi exposto como crítica ao positivismo puro, à legalidade estrita.

Em consequência, passou-se a ter uma nova leitura do Direito, de certo modo incluindo a moral em sua interpretação. A norma passa a ser também principiológica, e não apenas uma norma-regra. A matéria

¹⁰ O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades, p. 80.

constitucional abarca, nesse quadro, não só rigorosamente os direitos fundamentais, mas valores, opções políticas, diretrizes aos poderes do Estado. As Constituições passaram a se tornar dirigentes, prolixas, programáticas. Conforme se extrai da lição de Uadi Lammêgo Bulos:

[...] A fase que estamos vivendo é a do constitucionalismo contemporâneo, marcada pela existência de documentos constitucionais amplos, analíticos, extensos, a exemplo da Constituição Brasileira de 1988.

É no constitucionalismo contemporâneo que iremos ver, com notável nitidez, o robustecimento daquelas ideias hauridas na segunda metade do século XX, na etapa do constitucionalismo moderno, preconizadas pelo ideário *pós-positivista*, responsável pelo florescimento de um *constitucionalismo principialista*, oriundo do reconhecimento da *face principiológica do Direito*.¹¹

Outra decorrência foi o acréscimo de funções ao Poder Judiciário, que não deveria se limitar apenas a ser o mero aplicador da lei, tal qual mencionou Montesquieu no livro “O espírito das leis”. Deveria, também, entre outras atividades, buscar a defesa dos direitos fundamentais, resolver conflitos entre os demais Poderes e defender a supremacia da Constituição da República.

E essas convicções apresentam peso quando do julgamento das causas submetidas aos Magistrados. Efetivamente, a jurisdição constitucional incutiu esses pensamentos quando movimentada. A utilização de princípios abertos, da técnica da ponderação de interesses e o uso da proporcionalidade e da razoabilidade como fundamentos para decisões judiciais têm-se tornado cada vez mais frequente¹². Ademais, alterou-se o entendimento que se possuía sobre os direitos sociais, que atualmente recebem verdadeira tutela judicial e legal, e antes ocupavam uma posição meramente de normas programáticas. Além disso, e no

¹¹ *Curso de direito constitucional*, p. 22.

¹² Aproveitando-nos, mais uma vez, do Novo Código de Processo Civil para ilustrar a assertiva, pois dispõe seu artigo 8º que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

mesmo diapasão, fala-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, colmatação de lacunas nas legislações e das sentenças aditivas.¹³

Por um lado, é evidente a importância da discussão do tema, pois a ciência jurídica deve prever uma pretensão de correção, é dizer, a análise de casos com acepção de valores, muitas vezes representados por normas abertas, confere maior adequação e prática para o Direito, até porque a visão positivista é manifestamente insuficiente para lidar com a realidade jurídica atual.

O Direito positivo não consegue abranger todas as hipóteses e casos que são levados ao conhecimento do Poder Judiciário e demandam uma resolução. Não há previsão específica acerca de todos os conflitos de interesses que podem surgir ao longo do tempo, notadamente considerando as peculiaridades de cada região e o desenvolvimento tecnológico, que por vezes caminham a passos mais largos que a edição de normas regulando a matéria.

Ainda que haja a subsunção de algum evento ao Direito posto, este pode não se mostrar adequado para aquela singular e ímpar situação, ocasião em que se impõe a análise da ciência jurídica pelo neoconstitucionalismo, sem se olvidar de interpretação da norma em conjunto com valores, podendo ser aplicada a ponderação de princípios, inclusive se configurada inesperada injustiça com a mera aplicação do texto escrito da lei.

Pode ser citada como exemplo a decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Injunção nº 712 (entre outros), qualificada como sentença aditiva, que regulou o direito de greve dos servidores públicos após longo íterim de inércia legislativa. Em tal julgado, determinou-se a aplicação a esses funcionários da Lei nº 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve aos trabalhadores da iniciativa privada. Por meio de uma decisão judicial, eficaz até o rompimento da letargia legislativa, criou-se uma norma que não estava prevista na legislação, porquanto o Poder Legislativo tardou a implementar a lei específica que é exigida pelo artigo 37, inciso VII, da Constituição da República.

Por outro lado, importa mencionar que essa corrente de pensamento pode levar à constitucionalização de vários temas que não deveriam merecer tal enfoque, em virtude da grande presença de normas

¹³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 92-93.

da Constituição da República com elevado conteúdo de preceitos e concepções, circunstância que poderia retirar o papel do legislador ordinário, que passaria a executar decisões pré-concebidas do constituinte.

Além disso, argumenta-se que os juízes e seus auxiliares não detêm a devida expertise para lidar com determinados problemas, a exemplo de assuntos que possam envolver e influenciar a economia brasileira, como a possibilidade de majoração do salário-mínimo por considerá-lo insuficiente ante os termos do artigo 7º, inciso IV, da Lei Maior. Esta assegura e prevê a divisão dos poderes constituídos (artigo 2º), com o escopo de se autocontrolarem e, com seus atos, não influenciarem, em regra, funções típicas dos demais, sob pena de mácula ao seu núcleo intangível (artigo 60, § 4º, inciso III).

Outrossim, diz-se que a maior amplitude na interpretação, de que se valem conceitos jurídicos indeterminados, normas abertas e princípios, pode propiciar o aumento na insegurança jurídica. Não se descuida que a decisão judicial deve ser devidamente fundamentada – em especial pelo mandamento previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal –, mas há risco de prolação de sentenças conflitantes ante a carga subjetiva dessas matérias.¹⁴

Ganha mais notoriedade a discussão nos dias atuais quando nos deparamos com a falta de credibilidade da sociedade em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, os quais detêm, paradoxalmente, porque escolhidos de forma direta pelo voto, índices de desabono maiores que o do Judiciário.¹⁵ As informações repassadas pela mídia, noticiando diversos e consecutivos atos de corrupção e eventuais trocas de favores entre representantes desses Poderes, gera a consciência popular de que os erros devem ser corrigidos pelo Poder Judiciário.

Expostas essas ideias, extrai-se que a necessária aplicação das normas postas e a forma de atuação do Judiciário demandam uma visão equilibrada do Direito, com o objetivo de combater a falta de cumprimento dos direitos fundamentais previstos e extraídos da Constituição

¹⁴ PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLET, André Luiz; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 35-37, 40.

¹⁵ AFFONSO, Julia; MACEDO, Fausto; COUTINHO, Mateus. *Confiança no Judiciário é de apenas 29% da população, diz FGV*. Pesquisa em que “na lanterna” encontram-se a Presidência da República, 11%, Congresso, 10% e partidos políticos, 7%. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/confianca-no-judiciario-e-de-apenas-29-da-populacao-diz-fgv/>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

da República, tutelando o Estado Democrático de Direito, mas, também, para refrear a função jurisdicional violadora do espírito das leis.

2. Legitimidade da jurisdição constitucional e a relevância dos diálogos interinstitucionais

Em prestígio à rigidez constitucional, a alteração da Lei Maior é feita por um modo mais rigoroso em comparação com a legislação comum.

De fato, analisando os artigos 60 e 61 do mencionado Texto, extrai-se que há requisitos e critérios mais específicos para se alterar a Norma Suprema do sistema do que para modificar e criar as demais espécies contidas em seu artigo 59. A título de exemplo, enquanto o quórum para aprovação da lei ordinária é de maioria relativa com aprovação em um turno em cada Casa Legislativa Federal (artigo 47 *c/c* artigo 65, *caput*, ambos da Constituição da República), a aprovação de uma proposta de emenda à Constituição exige três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos por Casa (artigo 60, § 2º, da Constituição Federal).

A partir dessas duas proposições, foi preciso criar um meio para que se pudesse, efetivamente, assegurar a força normativa e a hierarquia da Constituição. Idealizou-se um mecanismo por meio do qual, ao menos em regra, se exerce uma atividade legislativa negativa, qual seja, o controle de constitucionalidade. Portanto, este exame impede a subsistência de uma norma que viola a Constituição, reconhecendo-se sua invalidade, bem como assegura a eficácia das interpretações extraídas desse Texto.¹⁶

A inconstitucionalidade apresentada pode ser originária, isto é, a norma, assim que editada, já contém essa pecha, veiculando preceptivos contrários aos princípios e regras da Constituição. Nessa hipótese, em que há um novo texto incompatível com a norma constitucional, entende o Supremo Tribunal Federal que o ato normativo é, em princípio, nulo¹⁷, e não anulável ou inexistente. De forma extraordinária,

¹⁶ Quanto ao tema, explicam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2012, p. 56): “Nos países que possuem Constituições rígidas, ou seja, aquelas que preveem, para sua própria alteração, um procedimento legislativo mais gravoso do que o estipulado para as leis ordinárias, institui-se uma espécie de pirâmide normativa, em cujo ápice se localiza a Constituição. [...] Dessa maneira, todos os atos normativos infraconstitucionais devem, por princípio, guardar compatibilidade com a respectiva Constituição”.

¹⁷ Nesse vértice, v.g., RE 348.468, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15-12-2009, 2ª T, DJE de 19-2-2010.

cabível será a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, *ex vi* da já citada norma inscrita no artigo 27 da Lei nº 9.868/99.¹⁸

Há, porém, situações em que não há inconstitucionalidade verificada quando da elaboração da norma. Não há qualquer vício quando do surgimento do ato normativo, nascendo a mácula posteriormente.

A primeira circunstância que pode ser trazida à baila é a alteração formal da Constituição. A norma infraconstitucional, quando de seu nascedouro, era compatível com a Lei Maior. Depois, contudo, houve uma modificação no texto hierarquicamente superior ou o surgimento de nova ordem constitucional que retirou a harmonia até então existente.

Nessas contingências, a Corte Constitucional brasileira não se envereda no sentido de reconhecer a nulidade, tal qual na inconstitucionalidade originária. Entende, como exortado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2, que há revogação ou não recepção da norma anterior incompatível materialmente com o novo Texto Maior, uma vez que seria ilógico, no nosso sistema, que as leis posteriores revogassem as anteriores e a Lei Fundamental assim não o fizesse.¹⁹ Explicitou o Min. Relator Paulo Brossard em citada Ação Direta:

[...] Constituição. Lei anterior que a contrarie. Revogação. Inconstitucionalidade superveniente. Impossibilidade. A Lei ou é constitucional ou não é Lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A Lei é constitucional quando fiel à constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à Lei e há de ser apurado em face da constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir constituição futura. A constituição sobrevinda

¹⁸ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹⁹ Trata-se do chamado fenômeno da recepção constitucional, que corresponde ao fenômeno pelo qual a nova Constituição (ou a nova norma constitucional) recebe o ordenamento jurídico anterior que com ela se mostre materialmente compatível.

não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a Lei Fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, Leis ordinárias. A Lei Maior valeria menos que a Lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.

Por outro lado, pode-se falar em hipótese de inconstitucionalidade superveniente pela alteração informal da Constituição, realizada por mutação constitucional, derivada do Poder Constituinte Difuso. Nessa hipótese, transmuda-se o conteúdo e o alcance da norma constitucional informalmente, ou seja, sem qualquer mudança do texto da Constituição.

Vale asseverar que a diferença entre a inconstitucionalidade superveniente e a revogação não é puramente teórica, havendo importantes resultados práticos. A título de exemplo, *a priori*, se há inconstitucionalidade, deve ser aplicado o artigo 97 da Lei Maior, que prevê a cláusula de reserva de plenário, segundo a qual “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Todavia, diante de revogação ou não recepção, não se exige a reserva de plenário nem o quórum de maioria absoluta, não incidindo o referido preceptivo. Configurado o caso de não recepção, incabível é a Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo a conclusão diferente em se tratando de inconstitucionalidade.²⁰

Vista esta atividade legislativa negativa exercida pelo Poder Judiciário, é importante notar que, uma vez declarada a inconstitucionalidade ou a não recepção de um ato infraconstitucional, ele não mais persiste no ordenamento jurídico. Sobrevindo, posteriormente,

²⁰ No julgamento do AI-AgR 851.849/RS, Primeira Turma, em 23/04/2013, o Rel. Min. Luiz Fux esclareceu que: “A cláusula de reserva de plenário (full bench) é aplicável somente aos textos normativos erigidos sob a égide da atual Constituição. As normas editadas quando da vigência das constituições anteriores se submetem somente ao juízo de recepção ou não pela atual ordem constitucional, o que pode ser realizado por órgão fracionário dos tribunais sem que se tenha por violado o art. 97, da CF”.

um acréscimo ou alteração no texto da Constituição, que tornaria constitucional a norma antes declarada como inválida, esta correção, simplesmente com tal enfoque, não convalida nem exclui a mácula que acometia o ato violador da Constituição. Frise-se, então, que não existe uma figura sobre a constitucionalidade superveniente de ato antes violador da Lei Maior simplesmente por alteração do parâmetro de interpretação.²¹ Na prática, a norma retificadora só abrangerá os atos realizados depois de sua edição.

Por outro lado, caso a norma seja declarada constitucional, seja mediante a procedência do pedido de uma declaratória de constitucionalidade, seja pela improcedência do intento lançado numa ação direta de inconstitucionalidade (recordando-se, neste âmbito, acerca do caráter ambivalente, proclamado pelo artigo 24 da Lei nº 9.868/99, de referidas ações), é possível, mais tarde, que ela seja reconhecida como inconstitucional. Isso porque pode haver a alteração do parâmetro constitucional, com modificação formal do texto da Constituição ou, ainda, por algum critério informal de alteração, como a aludida mutação constitucional.

E aqui, neste breve estudo, a matéria ganha magnitude. Deveras, uma vez decidido pelo Poder Judiciário que um dispositivo de nosso ordenamento jurídico é constitucional ou é inconstitucional, é certo que a questão controvertida, muitas vezes, não se encerra de modo definitivo, propiciando nova ciranda procedimental de debates entre os Poderes da República e a própria sociedade. Esse controle das próprias decisões judiciais motiva-se, ademais, na densificação dos princípios constitucionais, como decorrência do neoconstitucionalismo, em face da exacerbação do papel criativo do juiz.²² Trata-se de corolário do regime democrático adotado por nossa Constituição de 1988 e que, no magistério de Peter Häberle, derivaria da sociedade aberta dos intérpretes, *in verbis*:

²¹ A propósito, ponderou o Min. Dias Toffoli: “Em nosso ordenamento jurídico, não se admite a figura da constitucionalidade superveniente. Mais relevante do que a atualidade do parâmetro de controle é a constatação de que a inconstitucionalidade persiste e é atual, ainda que se refira a dispositivos da Constituição Federal que não se encontram mais em vigor. Caso contrário, ficaria sensivelmente enfraquecida a própria regra que proíbe a convalidação” (STF, ADI 2.189/PR, Tribunal Pleno, Julg. 15/09/2010, DJE 22/02/2011, p. 36).

²² ROCHA, Mauro Sérgio. O controle procedimental das decisões judiciais pautadas em princípios constitucionais. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 187.

[...] A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. [...] Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais aberto quanto mais pluralista for a sociedade. [...] O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem da norma, não detêm eles o monopólio de interpretação da Constituição.²³

É indiscutível, como visto em linhas atrás, que ao Poder Judiciário atribuiu-se o controle primordial da supremacia das normas constitucionais, conforme dispõem, em particular, os artigos 97 e 102, *caput*, de nosso Texto Fundamental. Mas essa função se alastrou, de modo geral, aos demais Poderes da República, como se depreende do artigo 23, inciso I, da Constituição, o qual destaca que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios zelar pela guarda da Constituição”.

No que tange ao Chefe do Poder Executivo, ele também pode executar o controle de constitucionalidade, que se evidencia (i) no poder de veto, total ou parcial, a projeto de lei aprovado pela Casa Legislativa quando considerá-lo inconstitucional (artigo 66, § 1º, da Constituição da República), (ii) na possibilidade de deixar de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considere inconstitucionais até que se ultime a manifestação do Poder Judiciário (STF, ADI 221/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 22.10.93)²⁴ e (iii) na legitimidade à propositura das ações judiciais de controle concentrado-abstrato (artigo 103, incisos I e V, da Constituição e artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99).

²³ *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição, p. 13-15.

²⁴ Intepretação esta que se enaltece frente à redação, a contrario sensu, do § 2º do artigo 102 da Constituição, pois, na lição de Gustavo Binenbojm, “o Poder Executivo pode e deve negar aplicação a lei que repete inconstitucional, desde que não haja decisão declaratória de constitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal” (*A nova jurisdição constitucional brasileira*, p. 279).

De outro lado, em relação ao Poder Legislativo, a efetivação do controle de constitucionalidade externa-se (i) na apreciação da adequação dos projetos à Constituição por meio de sua Comissão de Constituição e Justiça (artigo 58, § 2º, inciso I, da Constituição), (ii) na rejeição do veto do Chefe do Executivo a projeto de lei (artigo 66, § 4º, da Constituição), (iii) na sustação de ato normativo editado pelo Executivo exorbitante do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (artigo 49, inciso V, da Constituição), (iv) na apreciação prévia do teor das medidas provisórias (artigo 62, § 5º, da Constituição), (v) na legitimidade à propositura das ações judiciais de controle concentrado-abstrato (artigo 103, incisos II, III e IV, da Constituição e artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99), (vi) na possibilidade de revogação, com efeitos ex nunc, da lei inconstitucional (STF, ADI 221/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 22.10.93, p. 22251) e (vii) na alteração da interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal por meio da aprovação de uma emenda constitucional.²⁵

Nessa trilha, não ostenta o Poder Judiciário a exclusividade do exercício do controle de constitucionalidade. A ausência de tal monopólio propicia a oxigenação da interpretação constitucional, tornando o Texto Fundamental um organismo vivo, em constante instrumento de catalisação das mudanças sociais, evitando, dessa maneira, seu desrespeito e conseqüente desestabilização. E esse diálogo constitucional, especialmente entre os Poderes da República, estimula não só a “vontade de poder”, mas, ainda, “a vontade da Constituição”.²⁶

Registre-se que a Constituição Federal, de forma expressa, elenca essa abertura de interpretação pelos demais Poderes da República, mesmo após a decisão do Poder Judiciário na esfera do controle de constitucionalidade. O efeito vinculante atribuído aos julgamentos das ações de controle concentrado-abstrato pelo Supremo Tribunal Federal, ou mesmo as súmulas com aludido efeito por ele editadas, não abarca o Poder Legislativo, nos moldes dos artigos 102, § 2º e 103-A, ambos do Texto Maior, obstando o fenômeno da chamada fossilização da Constituição.²⁷

Acerca desse método aberto de interpretação da Constituição, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento ponderam:

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. p. 67-76.

²⁶ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. p. 132.

²⁷ STF, Rcl 2617, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 23/02/2005.

[...] A decisão do STF que declara a inconstitucionalidade de um ato normativo é definitiva: aqui a Corte, de fato, dá a última palavra e seu comando deve ser obedecido sem recalcitrância. Aliás, nas ações judiciais em geral, é realmente indispensável que haja uma última palavra pondo fim ao litígio, sob pena de se comprometer uma das finalidades essenciais do processo, que é resolver definitivamente os conflitos intersubjetivos, trazendo segurança jurídica e pacificação social. Mas a interpretação constitucional não se encerra com o término de um processo judicial. Não é o resultado de uma ação judicial que vai definir, por exemplo, o que significa a igualdade de gênero ou a função social da propriedade. Essas questões, como tantas outras no domínio constitucional, são naturalmente polêmicas, e nenhuma decisão judicial tem o condão de resolvê-las de uma vez por todas, afastando-as definitivamente do campo dos embates políticos e sociais. Pode-se alcançar, com a decisão judicial, o final de uma “rodada” na interpretação, mas não o encerramento da controvérsia sobre o significado da Constituição. Se a disputa for de fato muito relevante, é pouco provável que uma decisão judicial baste para colocar uma pá de cal no assunto, aquietando os grupos perdedores e os setores da opinião pública que o apoiam.²⁸

Essa fórmula de se conceber a Constituição como um produto em constante aprimoramento fortalece a ideia de separação de poderes, que, a despeito de independentes e harmônicos, obedecem, na verdade, a uma interdependência, objetivando o controle recíproco por meio da teoria dos freios e contrapesos.

E os exemplos pragmáticos dessa retroalimentação entre os Poderes na interpretação constitucional são os mais variados.

Em termos de Direito Comparado, Jorge Munhós de Souza sintetiza quatro emendas constitucionais norte-americanas que reverteram decisões proferidas pela Suprema Corte: 11^a, obstando que cidadãos estrangeiros processassem os Estados em tribunais federais; 14^a, que

²⁸ Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho, p. 404.

atribuiu aos escravos a condição de pessoas e não de mercadorias; 17^a, que viabilizou a instituição do imposto de renda pessoal, e a 26^a, a qual outorgou aos maiores de 18 anos o direito ao voto.²⁹

No âmbito brasileiro, existem, semelhantemente, vários casos de superação legislativa quanto a decisões firmadas pelo Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do RE 166.772, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária sobre a remuneração de administradores, autônomos e avulsos diante da expressão “folha de salários”, inicialmente, prevista no inciso I do artigo 195 da Constituição e que não absorveria mencionada espécie de remuneração. Futuramente, a cobrança legitimou-se por força da alteração da Constituição pela Emenda n° 20/98.

Da mesma maneira, reconhecendo a liberdade de conformação legislativa, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.772, admitiu a reversão de seus pretéritos julgamentos nas ADIs 152, 122, 2.253, que, inclusive, haviam ensejado a edição da súmula n° 726 (“Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”). Logo, na atualidade, por força da redação atribuída pela Emenda Constitucional n° 20/1998 ao § 5° do artigo 40 da Constituição, para efeito de aposentadoria especial de professor, pode-se computar o tempo de serviço prestado fora de sala de aula.

Aliás, robustecendo a doutrina da última – e não única – palavra ou, ainda, da supremacia – e não soberania – judicial, tivemos as seguintes reversões legislativas: Emenda Constitucional n° 52/06, que estipulou a possibilidade do fim da verticalização das coligações partidárias (artigo 17, § 1°, da Constituição), suplantando a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3.685; a Emenda Constitucional n° 58/09, que ampliou o número de vereadores nos municípios brasileiros (artigo 29, inciso IV, da Constituição), revisando a decisão do Supremo no RE n° 197.917/SP; a Emenda Constitucional n° 39/02, a qual, à luz da posição jurisprudencial de nossa Suprema Corte plasma na Súmula n° 670 e, hoje, na Súmula Vinculante n° 41 (“O serviço

²⁹ Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia, p. 335.

de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”), viabilizou a instituição e consequente cobrança de tributo sobre serviço público de iluminação pública por intermédio da contribuição especial prevista no artigo 149-A da Constituição; a Emenda Constitucional nº 29/00, que viabilizou a progressividade fiscal das alíquotas do IPTU (atual artigo 156, § 1º, inciso I, da Constituição), superando a inconstitucionalidade verberada na Súmula nº 668 (“É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional nº 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”); a Emenda Constitucional nº 41/03, que autorizou a cobrança de contribuição previdenciária de inativos e que, até então, era repelida pelo Supremo Tribunal Federal; a Lei Complementar nº 135/2010 – “Lei da Ficha Limpa” – que, em cotejo com o julgamento do RE nº 633.703 e das ADCs 29 e 30 e ADI 4578, superou a posição de nossa Corte Suprema proclamada na ADPF 144 (necessidade de decisão condenatória irrecorrível também em ações de improbidade administrativa à configuração da inelegibilidade, malgrado o Supremo tenha facultado ao Congresso Nacional, em sede legal, definir “outros casos de inelegibilidade”, nos moldes do que prescreve o § 9º do artigo 14 da Constituição).

Em continuação, peculiaridades desse diálogo podem ser extraídas em relação à Emenda Constitucional nº 57, que acrescentou o artigo 96 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para, em tese, convalidar uma decisão de declaração de inconstitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios.

O artigo 18, § 4º, de nossa Lei Fundamental, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 15/1996, estipula que a criação de municípios se fará por lei estadual, no período determinado por lei complementar federal, e exigirá plebiscito das populações envolvidas e divulgação dos estudos de viabilidade municipal.

Apesar da prescrição constitucional, ao arrepio deste mandamento, leis estaduais criaram municípios após a alteração supramencionada, porém sem as indispensáveis – e até hoje inexistentes – lei complementar federal e lei de estudos de viabilidade municipal. A situação jurídica chegou à Corte Constitucional brasileira. No julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.240, nº 3.316, nº 3.489 e nº 3.689, declarou-se a inconstitucionalidade de referidas leis estaduais,

sem pronúncia de nulidade, pelo prazo de 24 meses³⁰, criando certo diálogo com o Congresso Nacional, notadamente em razão da mora legislativa reconhecida, afrontosa ao princípio da supremacia constitucional, e o problema quanto à violação ao princípio da segurança jurídica se houvesse pura e simples declaração de inconstitucionalidade da omissão do Congresso. Não nos esqueçamos de que esses Municípios estavam funcionando, embora por meio de criação inconstitucional, com todo o aparato relativo a esse tipo de ente federado – prefeitos e vereadores eleitos, projetos de lei aprovados, tributos sendo cobrados etc.

³⁰ Nessa linha, por exemplo, é a ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240, julgada em 09 de maio de 2007: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.619/00, DO ESTADO DA BAHIA, QUE CRIOU O MUNICÍPIO DE LUÍS EDUARDO MAGALHÃES. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL POSTERIOR À EC 15/96. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR FEDERAL PREVISTA NO TEXTO CONSTITUCIONAL. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 18, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À NORMA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO – APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. 1. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo. 2. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. 3. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada --- embora ainda não jurídica --- não pode ser desconsiderada. 4. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1.996, deve-se à ausência de lei complementar federal. 5. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. 6. A criação do Município de Luís Eduardo Magalhães importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. 7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. 8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. 9. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. 10. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. 11. Princípio da continuidade do Estado. 12. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4o do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade 13. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia.”

Pelo resultado do julgamento, caso o Poder Legislativo da União não editasse a lei federal que autorizasse a criação dos municípios no prazo estipulado, tal como exigido pelo artigo 18, § 4º, da Constituição da República, estas unidades federativas poderiam deixar de existir.³¹ Mas, ao invés de o Congresso Nacional complementar a norma constitucional, editando as leis federais respectivas (período de criação e estudos de viabilidade municipal), foi aprovada a Emenda Constitucional nº 57, de 18 de dezembro de 2008, que acrescentou o artigo 96 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, in verbis: “Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.”.

Assim, discute-se se esta seria uma hipótese de constitucionalidade superveniente e, em caso positivo, se seria válida em nosso sistema jurídico.

O que houve, de fato, foi uma convalidação, pelo Poder Legislativo, no exercício de sua função de constituinte derivado, por meio de uma Emenda Constitucional, de normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Pode-se entender, a partir desse precedente, que o Poder Legislativo não desbordou de sua função de legislar e cumprir com suas missões constitucionais, tendo em vista que publicou um ato normativo (proposta de emenda à Constituição), previsto no artigo 59 da Lei Maior, tendente a restaurar a harmonia que deve existir entre a situação fática e o texto que ocupa o ápice da pirâmide no ordenamento jurídico brasileiro. Logo, conquanto houvesse a proclamação de inconstitucionalidade de leis dos Poderes Legislativos dos Estados-Membros, não haveria irregularidade na edição da Emenda Constitucional nº 57, porque fruto do Poder Constituinte Derivado Reformador. Pondere-se que, praticamente, seria uma espécie de repriminção ocorrida por norma expressa veiculada na Emenda Constitucional e, inclusive, por

³¹ Sobre a decisão que reconhece a inconstitucionalidade sem a declaração de nulidade, comenta Walter Claudius Rothenburg (*Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*, p. 201): “Passo largo é dado pela distinção operada entre o reconhecimento de inconstitucionalidade e a declaração de nulidade, assim que aquele não implique forçosamente esta (conquanto seja a nulidade uma consequência natural). Nesse sentido orientam-se, por exemplo, os sistemas austríaco e alemão de controle de constitucionalidade”.

alteração do próprio parâmetro de análise da constitucionalidade, uma vez que o Pretório Excelso, nessas decisões, exerceu, como visto, atividade legislativa negativa (malgrado tenha estabelecido um prazo de “sobrevida” às leis declaradas inconstitucionais).

Por outra visão, não se poderia conferir amparo jurídico à atuação do Congresso Nacional, pois não haveria respeito a princípios de estatura constitucional – nulidade do ato inconstitucional e supremacia da Constituição –, bem como porque o Poder Legislativo estaria violando o artigo 2º da Constituição da República, pois macularia a separação dos poderes ao conferir licitude a atos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, usurpando a função deste. Essa é a lição que se extrai do escólio de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira:

[...] Assim, a Emenda Constitucional n. 57, ao pretender convalidar os atos inconstitucionais (por ausência da lei complementar exigida pelo artigo 18, § 4o da Constituição Federal), afronta os princípios da separação de funções, nulidade do ato inconstitucional, da supremacia da Constituição e da segurança jurídica, verdadeiras vigas mestras do ordenamento pátrio. [...]

Ocorre que, além de não suprir a omissão conforme determinado pelo Supremo Tribunal Federal, o Poder Derivado Reformador (exercido pelo Congresso Nacional), ao editar a Emenda Constitucional n. 57, usurpou a competência do Judiciário, atribuindo validade (não atribuída nas ações diretas de inconstitucionalidade acima citadas) a atos declarados inconstitucionais, afrontando o princípio da separação de funções.³²

Verifica-se que essa foi uma hipótese em que se esteve diante de leis infraconstitucionais, que foram reconhecidas como inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (embora sem a pronúncia de nulidade pelo prazo de 24 meses), que retomaram sua plena validade com

³² *A emenda constitucional n. 57 e a convalidação da declaração de inconstitucionalidade*. Jusbrasil, 2012. Disponível em: <<http://olavoalvesferreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938611/a-emenda-constitucional-n-57-e-a-convalidacao-da-declaracao-de-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 7 out. 2016

a edição de uma Emenda à Constituição, colmatando, em nosso sentir, possível agravo à estabilidade das relações sociais.

Como resultado útil desse diálogo institucional, temos ainda o significativo julgamento do Mandado de Injunção nº 1.010/DF, no qual se questionava a mora legislativa na regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional instituído no artigo 7º, inciso XXI, da Constituição. Carlos Alexandre de Azevedo Campos bem resumiu o episódio:

[...] O recente caso do aviso prévio proporcional é exemplo de destaque e que prova a possibilidade dessa *consequência dialógica*: em 22/6/2011, os ministros do Supremo, em julgamento apenas iniciado, demonstraram disposição para disciplinar diretamente os critérios da matéria em lei ordinária, expressamente exigida pelo artigo 7º, inciso XXI, da Constituição. Àquela altura, dentre outros, havia no Congresso o Projeto de Lei nº 3.941, que tramitava desde 1989 e que se encontrava paralisado desde 14/09/1995, isto é, há quase dezesseis anos! Em 5/7/2011, poucos dias depois da manifestação inicial do Supremo, o referido projeto de lei voltou a ser discutido e, antes de os ministros retomarem o julgamento, ele foi transformado em lei, publicada em 13/10/2011, sob o nº 12.506. Pouca dúvida pode restar: não fosse a manifestação dos ministros, mesmo que apenas inicial, a inércia parlamentar talvez persistisse ainda hoje.³³

À luz dessa função “corretiva” de decisões judiciais pelos demais Poderes da República, impõem-se rápidos apontamentos sobre os parâmetros à superação da interpretação constitucional pelo Judiciário e sobre as resultantes na hipótese de exorbitância desse *modus operandi*.

3. Limites e consequências ao abuso da reação interinstitucional à decisão judicial

Malgrado a importância da abertura do diálogo constitucional entre os poderes da República, há limites à tentativa de superação da

³³ *Dimensões do ativismo judicial do STF*, p. 337.

interpretação dada pelo Poder Judiciário, em particular por suas Cortes Supremas – Supremo Tribunal Federal, no plano federal, e Tribunais de Justiça, no plano estadual – no exercício do controle de constitucionalidade.

Esse entrave relativo à democracia constitucional põe em colisão a “vontade da maioria” e a “vontade suprema registrada na Constituição”. Entretanto, o déficit contramajoritário do Judiciário na declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo expedido pelo Legislativo ou pelo Executivo, conquanto órgãos compostos pela escolha direta dos cidadãos, infirma-se pela anulação de citados atos inconstitucionais em prol de valores previstos no Texto Maior.³⁴ O Judiciário, assim agindo, atua como intermediário entre o Executivo e o Legislativo, supervisionando se estes Poderes estão, ou não, obedecendo à Constituição, sobretudo os direitos fundamentais.³⁵ Nesse prisma, a legitimidade desse controle de constitucionalidade dar-se-ia por argumentação, ou seja, na apresentação de razões públicas em suas decisões, sintonizando-se com aquilo que a sociedade entende como relevante, num dado momento, a ser submetido à aferição do Judiciário.³⁶

Um primeiro limite à revisão legislativa concentra-se na impossibilidade de alteração do resultado da interpretação jurisprudencial

³⁴ Esse déficit, sob a luz da Constituição da República de 1988, ganha novos contornos, pois, ao longo de sua vigência, introduziram-se inéditos instrumentos à pluralização do debate constitucional na arena jurisdicional, tais como: a ampliação do rol dos legitimados à propositura das ações de controle concentrado-abstrato (artigo 103 da Constituição); pronunciamentos do Judiciário de forma pública e fundamentada (artigo 93, incisos IX e X, da Constituição); a participação do *amicus curiae* (artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 e artigo 6º, § 2º, da Lei nº 9.882/99); a possibilidade de designação de audiências públicas e de abertura de fase probatória (artigo 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/99 e artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99). Ademais, ao lado dessa legitimidade procedimental, centrada na participação dos cidadãos nas decisões políticas, a legitimidade da jurisdição constitucional também se ilustra na concretização dos valores substanciais do Texto Fundamental, primordialmente dos direitos fundamentais (AGRA, Walber de Moura. A legitimidade da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 487-490.).

³⁵ AGRA, Walber de Moura. Op. cit., p. 497. Na mesma direção, Jorge Miranda sustenta que: “Não há separação *absoluta* e *natural* de poderes correspondentes aprioristicamente a funções. No entanto, deve haver uma separação *relativa* e *normal*, depreendida da lógica do sistema, que contemple e indique a imputação dos actos jurídico-públicos e favoreça e ressalve as liberdades e as garantias dos cidadãos. Percebe-se, por isso, como a fiscalização jurisdicional se eleva a precioso contributo, assimilando e aplicando as regras e ultrapassando os contrastes entre as concepções de direitos” (*Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, p. 83-84).

³⁶ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In: CLÉVE, Clémerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 33.

quando esta se lastreia em cláusula pétrea, porque núcleo imodificável da Constituição. Isso justamente porque, tutelando núcleo imodificável, a atuação jurisdicional vai ao encontro do estipulado na Carta Magna, visando à manutenção de sua espinha dorsal. A atuação legislativa, nessa hipótese, certamente levaria a (mais) uma inconstitucionalidade, cujo reconhecimento se fará novamente no âmbito do Judiciário. Portanto, tratando-se de espaço reservado à Emenda Constitucional, prevalece a vontade do Congresso, salvo se ofensiva à matéria tutelada por cláusula pétrea.

Outra restrição se espelha no instrumento normativo infraconstitucional utilizado à superação da interpretação proclamada pelo Poder Judiciário, o qual, como regra, deve ser a Emenda Constitucional.³⁷ Na apreciação do Inquérito nº 687, o Supremo Tribunal Federal cancelou sua Súmula nº 394 (“Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”), não mais se considerando como competente à apreciação de crimes praticados por ex-exercentes de funções públicas à míngua de previsão constitucional (art. 102, inciso I, alínea “b”, de nossa Lei Fundamental). Apesar disso, na sequência, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 10.628/02 que, alterando o artigo 84 do Código de Processo Penal, restaurou o foro por prerrogativa de função mesmo para inquéritos ou ações judiciais iniciadas após o término do exercício da função pública. Citada tentativa, porém, não logrou êxito, pois o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dessa “correção legislativa” no julgamento da ADI 2.797/DF.

Impende observar, outrossim, que a atuação legislativa em sentido oposto às decisões da Corte Constitucional não pode ultrapassar as funções estabelecidas para cada Poder Constituído, devendo manter a harmonia existente e consagrada pelo artigo 2º da Lei Maior. Com efeito, a idealização de um sistema jurídico pressupõe a repartição de atribuições ao órgão que mais se coaduna com determinada atividade, de maneira que não é lícito que um Poder se imiscua na esfera de competência e expertise de outro. Esse é o

³⁷ Como asseverou o Min. Barroso em seu voto na ADI 5.105, “em regra, porém, a mencionada superação legislativa deve ocorrer por emenda à Constituição, e não por simples lei. Nesse último caso, o Congresso terá de arcar com ônus argumentativo maior, demonstrando a existência de mais de uma interpretação constitucional possível e válida, bem como os motivos pelos quais optou por interpretação distinta da acolhida pelo STF”.

significado do princípio da justeza ou da conformidade funcional, método de interpretação da Constituição que deve ser seguido não apenas pelo Poder Judiciário.

Nesse tema, não se olvida que o Poder Judiciário possui um papel contramajoritário. De fato, é o único dos Poderes da República em que seus membros não são compostos pelo voto do povo (do qual o poder emana, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Constituição). Nessa senda, observa-se que, por vezes, o Supremo Tribunal Federal atua na defesa dos interesses das minorias.³⁸ E essa tutela, dispensada pelo Judiciário, não pode ser inibida pelo Legislativo atuando no proveito da maioria que o lançou no Poder. Assim, a própria condição de Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Carta Política) impede uma revisão legislativa tendente a sufocar os direitos da menor parte da população, transformando-se em tirania da maioria e ocasionando perda da legitimidade material do próprio Estado.

Não deve ser permitido, de igual modo, à atuação legislativa, simplesmente reeditar determinado conteúdo já reconhecido como inconstitucional por comando jurisdicional, limitando-se a novel legislação a repetir o texto antes publicado. Efetivamente, tal conduta representa violação à autoridade das decisões judiciais, além de exprimir mácula à própria boa-fé que deve pautar as relações jurídicas, a despeito, como visto alhures, de não ser aplicado ao Legislativo o efeito vinculante. Não se pode conferir legitimidade ao Legislativo quando se homizia na sua função com a finalidade de atos contrários à Constituição, a exemplo de improbidade e de corrupção.

Em suma, não se desconhece a possibilidade de revisão, pelo Legislativo, das decisões exaradas pelo Judiciário. Esse diálogo interinstitucional realizado, aliás, aparenta ser saudável no Estado Democrático de Direito, permitindo a continuidade da discussão de determinados temas constitucionais em ambientes variados, enriquecendo a construção da norma.

³⁸ Por exemplo, ADI 4029/AM, relator Ministro Luiz Fux, julgado em 08/03/2012; RE 477554 AgR/MG, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 16/08/2011.

Abusos, contudo, à tentativa de superação da interpretação jurisprudencial devem ser coibidos, sob pena de mácula ao princípio da separação de poderes.

Como exemplo prático recente, temos o julgamento, em 28/09/2016, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2036885-23.2016.8.26.000. Tal ação, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, fundou-se na inconstitucionalidade de uma lei do Município de Sorocaba/SP, a qual, ilegitimamente, teria recriado, sob nova nomenclatura, cargos em comissão que já haviam sido declarados inconstitucionais, pouco antes, pelo colegiado bandeirante na ADIN nº 2160979-14.2014.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 25/02/2015. Mencionado ato normativo municipal restou declarado, por unanimidade, como inconstitucional, rejeitando-se a modulação dos efeitos da decisão, ordenando-se, ainda, o afastamento imediato dos servidores ocupantes de citados cargos, não só por esse fundamento (recriação de cargos), mas também porque, no julgamento anterior, já havia sido fixado prazo razoável para reorganização da estrutura administrativa do município (com definição expressa de que as atribuições técnicas, burocráticas e operacionais devem sempre ser exercidas por servidores aprovados em concurso público). Além disso, determinou-se, ao final, a extração de cópias dos acórdãos de ambas as ADIns para remessa à Procuradoria Geral de Justiça “para as providências que entender cabíveis”.

Nesse último caso, como o projeto de lei à (re)criação dos cargos inconstitucionais é de iniciativa exclusiva do chefe do Poder Executivo (artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal por simetria no plano municipal, tratando-se de norma de reprodução obrigatória), predita recalcitrância pode ensejar ao Prefeito diferentes penalidades: um processo criminal; uma ação civil por improbidade administrativa, e abertura de um processo político-administrativo de impeachment. Então, vejamos.

No julgamento do Procedimento Investigatório Criminal (PIC-MP)/Crimes de Responsabilidade nº 0071802-73.2014.8.26.0000, relator Desembargador Grassi Neto, julgado em 07/04/2016, estabeleceu-se como crime de responsabilidade de Prefeito, previsto no artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/1967, a conduta de recriar os mesmos cargos em comissão já declarados inconstitucionais pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com a indicação dos servidores anteriormente nomeados para os cargos

recriados. Nesse julgamento, restou estipulado que a conduta afronta a execução de lei federal e estadual, além de representar descumprimento de ordem judicial.³⁹

Por sua vez, na Apelação nº 0008987-75.2013.8.26.0032, derivada de ação civil pública por improbidade administrativa, cujo relator foi o Desembargador Ricardo Feitosa, julgado em 10/10/2016, veiculou-se a tese de que se enquadra, também, no artigo 11, caput, da Lei nº 8.429/92, por agressão aos princípios da legalidade, da moralidade e da triplicação dos Poderes, a conduta do chefe do Poder Executivo que recusa cumprimento à decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em Ação Direta de Inconstitucionalidade.⁴⁰

Por derradeiro, a mesma conduta do Prefeito pode lhe render um processo por crime de responsabilidade próprio, acarretando-lhe o *impeachment*, nos termos do artigo 4º, inciso VII, do Decreto-Lei nº 201/67.

³⁹ EMENTA: Crime de Responsabilidade de Prefeito – Art. 1º, XIV, do Decreto-Lei n. 201/1967 (240 vezes) – Recriação dos mesmos cargos em comissão declarados inconstitucionais pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Nomeação dos servidores anteriormente nomeados para os cargos recriados – Entendimento do art. 37, II e V, da CF, e do art. 115, II e V, da Constituição do Estado de São Paulo – Inépcia da denúncia - Exordial que descreve os fatos satisfatoriamente e cumpre os requisitos do art. 41 do CPP – Ausência de motivos a ensejar a sua rejeição – Recebimento acompanhado de afastamento cautelar do cargo. A recriação dos mesmos cargos em comissão declarados inconstitucionais pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo seguida de nomeação dos mesmos servidores para os cargos recriados, corresponde a conduta que configura crime, em tese, previsto no art. 1º, XIV, do Decreto-Lei n. 201/1967, eis que teria negado execução a lei federal e estadual, bem como deixado de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente. [...] O afastamento do cargo de Prefeito corresponde a medida excepcional, mas que lamentavelmente se impõe, se a manutenção do acusado na chefia do Executivo Municipal, puder dar ensejo a novas desobediências, mediante prática reiterada de atos ao arrepio da lei e das decisões judiciais. (TJSP; Procedimento Investigatório Criminal (PIC-MP)/Crimes de Responsabilidade nº 0071802-73.2014.8.26.0000; Relator(a): Grassi Neto; Comarca: Araçatuba; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 07/04/2016; Data de registro: 12/04/2016).

⁴⁰ EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONDUTA ENQUADRADA NO ART. 11 DA LEI 8.429/92 – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA SUBSTANCIALMENTE CONFIRMADA, COM O PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DO RÉU, PARA REDUZIR O PRAZO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E O MONTANTE DA MULTA CIVIL, E PARA AFASTAR A MULTA FIXADA NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. (TJSP; 0008987-75.2013.8.26.0032 Apelação / Improbidade Administrativa Relator(a): Ricardo Feitosa; Comarca: Araçatuba; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 10/10/2016; Data de registro: 17/10/2016).

Conclusões

Pelo quadro exposto, observamos que o fundamento de validade do direito, do positivismo ao neoconstitucionalismo, com arrimo na dignidade da pessoa humana, auferiu efeitos relevantes na interpretação da Constituição.

O controle de constitucionalidade dos atos normativos e métodos de interpretação, baseados não apenas no direito posto, mas, juntamente, no conjunto de valores e princípios esparsos pelo Texto Constitucional, ostentam outra conotação. Destaca-se a atividade de interpretação constitucional como elemento de uma sociedade aberta, tarefa não exclusiva de uma Corte Constitucional, mas expandida a diversos atores em determinado Estado, objetivando a estabilidade e a efetividade da Constituição, com certa plasticidade à captação das mutações sociais.

Nesse contexto, debate-se acerca se ainda haveria um órgão de Poder titular da última palavra na interpretação da Lei Maior. Pelo método do debate interinstitucional, em que os Poderes se respeitam e prolongam a discussão de um tema caro à República, abrir-se-ia a possibilidade de correção das decisões judiciais pelo Poder Legislativo, em particular porque não abarcado pelo efeito vinculante prescrito nos artigos 102, § 2º e 103-A da Constituição, limitando-se, contudo, ao teor das cláusulas pétreas e, às vezes, formalmente, à utilização imperiosa de Emenda Constitucional ao invés de mero ato normativo infraconstitucional. Do mesmo modo, esse espaço de reversão legislativa para projetos de iniciativa privativa do Executivo não é absoluto. A recalcitrância, pura e simples, do Chefe do Poder Executivo por meio da reapresentação de projeto de lei antes já declarado judicialmente como inconstitucional, configurando manifesto abuso de direito, poderá lhe originar responsabilidade criminal, civil e político-administrativa, pois lhe era exigida, então, atuação autocontida. Afinal, o Estado Democrático de Direito vela pela cadência no exercício das funções de cada um dos Poderes da República ao cumprimento das competências que lhe foram atribuídas em prol da soberania popular, assegurando-se a vontade da Constituição.

Referências bibliográficas

AGRA, Walber de Moura. A legitimação da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). *Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 487-518.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2012. 591 p.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *A emenda constitucional n. 57 e a convalidação da declaração de inconstitucionalidade*. Jusbrasil, 2012. Disponível em: <<http://olavoalvesferreira.jusbrasil.com.br/artigos/121938611/a-emenda-constitucional-n-57-e-a-convalidacao-da-declaracao-de-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 7 out. 2016.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional: textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política da jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17-36.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e o indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLETT, André Luiz; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 29-72.

ROCHA, Mauro Sergio. O controle procedimental das decisões judiciais pautadas em princípios constitucionais. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 171-201.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito: a perda de competência como sanção à inconstitucionalidade por omissão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 222 p.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLETT, André Luiz; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 73-113.

SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: FELLETT, André Luiz; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 313-357.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficiência das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.