CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DEFESA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E O NOVO PANORAMA DEMOCRÁTICO INFORMADO PELO NEOCONSTITUCIONALISMO E O PÓS-POSITIVISMO - FOCO NA ADIN E NA ADC

Bruno dos Santos Guimarães*


1. Introdução

Este ensaio objetiva analisar questão intrincada relativa à interpretação e à aplicação da constituição: os julgados provenientes da ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) ou de constitucionalidade (ADC) e suas respectivas imutabilidades. A questão se justifica sob diversos enfoques. Um deles, senão o principal, se refere ao cenário político e ao entendimento jurídico exercido pela corte quando do julgamento operado em uma ação constitucional. Será que o julgado de determinada ADIN/ADC, ao ser baseado em especial interpretação das normas constitucionais, pode ser revisto em momento posterior, sob nova ótica e com maior atendimento e integração com a vontade de texto constitucional? Isto porque os baseamentos jurídicos e sociais da ocasião podem refletir na atuação da corte enquanto atenta aos anseios coletivos que lhes pareciam justos, fato que pode não mais subsistir em dez anos para frente. Assim, um determinado julgado que entendeu pela aplicabilidade ou inaplicabilidade de determinada lei pode sofrer a crítica posterior de compactuar com situação que, sob análise contemporânea, merece de morte algum princípio constitucional fundamental.

Exemplo relevante pode advir do Direito Tributário: determinado tributo, cuja instituição legal foi considerada constitucional, em geral por questões extrajurídicas e interferências inapropriadas, pode ser objeto de indignação da nova composição do tribunal que, livre de algumas amarras e mais comprometido com a guarda do texto maior, poderá ser provocado a se pronunciar em sentido inverso. Como resolver a questão? Pode-se conceber nova interpretação constitucional da lei tributária outrora constitucional para considerá-la inconstitucional e, portanto, suspender a cobrança do tributo? Ou, em reverso, pode uma lei que concede algum direito à isenção tributária e que foi julgada inconstitucional ser, posteriormente, revaivada sob aspectos que a considerem constitucional, de forma a reconhecer que o direito dela decorrente era legítimo?

Este é o cerne do debate travado sobre a coisa julgada em processos abstratos como os instaurados através das ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

A temática é interessante porque passa por aspectos relacionados à segurança jurídica, de um lado, e o sentimento de justiça de outro.

O avanço na interpretação das normas constitucionais é fator conjugado ao próprio amadurecimento do Estado e da sociedade, daí a mutação de entendimentos e diretrizes. Ficamos com a dureza do formalismo da coisa julgada ou com a justiça social como fim último a ser alcançado? Será que uma nova visão constitucional permitirá que a corte reveja posicionamentos já exarados em ações de (in) constitucionalidade? O ponto modal é saber se existe legitimidade e juricidade para sustentar-se o entendimento que apoia a mutação dos julgados com base na força máxima da constituição e de uma melhor adequação social. Ainda que a resposta ao final seja negativa no mais central dos aspectos, vale o enfrentamento do tema pela nobreza e relevância do caminho. Interessante então é saber se as cláusulas abertas da constituição, por si só, podem ensejar a revisão do julgado devido a mudança de paradigmas ou se apenas os absurdos afrontes poderão ser mutáveis ou mesmo apenas as declarações de constitucionalidade poderão ser revistas como se vêm entendendo meridianamente. Observemos: não se trata, neste primeiro momento de nessa análise, de julgado flagrantemente inconstitucional ou que se prova político, mas sim de mudança de entendimento para, em tese, melhor aplicação do Direito Constitucional. Temos que esta última proposta, ligada as ondas pós-positivistas e neocostitucionalistas, não se equipara às demais e deve ser observada com cautela.

O nosso segundo véu, decorrente do anterior, é saber se o artigo 26 da Lei nº 9.868/1999, que veda a possibilidade de ação rescisória nos julgados provenientes de ADIN e ADC, passa pelo crivo da razoabilidade. Seria possível, por este lado, a revisão e a rescisão de julgados que se orientaram pela fraude e que devem ter,


1 Não utilizamos no texto a expressão "de ocasião", embora esta bem aponte a conveniência de certas considerações, atentas às questões políticas e pressões que distanciam o julgamento de seu compromisso com a alma constitucional. A questão, então, não é meramente de uso da linguagem e de preposição, mas de sintaxe ética.

2 Adiantamos desde já que a questão suscitada, no que se refere à declaração de inconstitucionalidade, resta prejudicada pela teoria dominante (refere-se também a coisa julgada material nas ações de inconstitucionalidade) e claramente correta de invalidade das normas inconstitucionais, conforme abaixo explicaremos, mas que não faz perder a excitação pelo debate do tema e suas peculiaridades.
2. O Constitucionalismo – Ilustração – Constituição Material como pressuposto de validade de outras normas: breves considerações históricas do caso brasileiro

Muito se argumenta sobre o constitucionalismo e suas origens, muitas vezes, lançadas de forma equívoca: seja em passado muito remoto e sem respaldo científico, quando não se tinha verdadeiramente uma constituição, seja identificando determinado fator que não representou verdadeiro movimento constitucional.

A temática agora apresentada se torna importante quando se afirma com segurança que a constituição é a base para a validade de qualquer ato, fato ou legislação que se proponha. Os mecanismos de controle de constitucionalidade decorrem deste pressuposto e, portanto, da necessidade de uma proteção eficiente dos objetivos constitucionais.

Enfocamos o caso brasileiro sem deixar de lado o paralelismo com o mundo ocidental em que está inserido. O Brasil se torna independente após a crise e o início da queda do regime absolutista na Europa. Ferido de morte o absolutismo, as monarquias constitucionais passariam a ser algo a se almejar. O liberalismo e a Ilustração já eram, ainda antes, o impulso no caminho da tecnologia do Estado liberal.

Diz-se, então, que o Brasil independente estava em busca do modo europeu, pois muito havia ficado para trás, seja na própria Europa, desde o feudalismo e ascensão do absolutismo, seja no Brasil Colônia, extensão do modelo político absolutista português. Descoberto e conquistado durante a transição do feudalismo para o absolutismo, o Brasil foi reflexo de todas estas tendências enquanto satélite de sua metrópole, Portugal.3

Após a queda das antigas civilizações (grega e romana), teve início o que se convencionou denominar de alta Idade Média, por volta do século V em diante. Ao fim deste período, por volta do século XV, começa a formação e consolidação dos Estados Nacionais, todos absolutistas, já na época comumente denominada de Era Moderna. Passada a Idade Média e durante o período do regime absolutista, não se exercitava qualquer divisão de funções tal qual idealizada por ARISTÓTELES em sua famosa obra intitulada Política, e desenvolvida detalhadamente por MONTESEQUIO em O espírito das leis. HAROLD BERMAN faz a seguinte síntese, com base na História Universal:

A história antiga é aquela concernente à Grécia e a Roma. O declínio de Roma, causado pelas invasões bárbaras, levou a idade média, que durou, grosso modo, do século V ao XV. Então começa a idade moderna, alguns dizem com o renascimento, alguns diriam com a reforma, ou, diriam ainda outros, com ambos.4

No absolutismo, portanto durante a Idade Moderna, a função legislativa, executiva e judiciária cabia tão só e unicamente ao rei. O rei legislava, sendo estas legislações denominadas, em geral, de regias. Exercia o governo e também julgava. Funcionários burocratas como os magistrados eram meros delegados do poder estatal. O rei absoluto era o enviado de Deus e tudo, ou quase tudo, podia.5 Portugal, durante o longo período do Brasil Colonial, vivia o absolutismo em seu molde mais emblemático. Aliás, como citação de ato normativo absolutista vale lembrar a instalação, no Brasil, do Tribunal da Relação da Bahia, em 1609, que careava ainda a titulação de magistrados, procuradores e promotores da justiça (era esta a designação régia) e, como bem descreve e ressalta o texto de instalação: todos a servem e delegação do poder absoluto do rei em Portugal.6 Para definição histórica do absolutismo é oportuna a seguinte lição:

Regime político e social que vigorou na Europa Ocidental até a Revolução Francesa (1789). O governo absolutista dos reis que concentravam os poderes executivo, legislativo e judiciário e que era baseado na crença do direito divino dos monarcas, associado ao mercantilismo e aos privilégios concedidos à aristocracia.7

Já em 1751, quando da criação e instalação do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, que funcionou até 1808, houve nitidamente um período de transição ideológica a ser verificado, principalmente na parte final de sua atuação. Ora, esta transição remonta a decadência crescente do absolutismo e a impregnação do liberalismo e da ilustração. Já era, portanto, o ar do Estado liberal que ensaiava em aparecer, gerando o que se conheceu como despotismo esclarecido. A divisão de poderes passaria a ser uma necessidade e a elaboração de uma Constituição uma máxima para delimitar o


5 MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 28. Usare-se no texto a expressão “ou quase tudo” pois, segundo entendemos e é bem ilustrado por Jorge Miranda, a despeito da concentração dos poderes estatais nas mãos do rei, o poder não era tão absoluto assim, até mesmo, pelo que se depreende, da própria condição de governabilidade e continuidade. Daí a expressão “quase tudo”.

6 LOPES, José Reinaldo de Lima et alii. Regimento da Relação do Estado da Bahia, de 7 de março de 1609. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 115 e seguintes. Este autor indica a legislação que implantou o referido tribunal baiano como absolutista e traz, em seguida, na sua obra, a íntegra do texto legal. Mesmo com a advertência mencionada por Jorge Miranda, certo é que os agentes locais referidos (magistrados, dentre outros), seguiam, principalmente, por delegação. Esta era a estrutura jurídica do absolutismo.

poder do Estado frente às liberdades públicas. O início da queda do absolutismo, pode-se dizer, deu-se com a Revolução Francesa (1789), quando a burguesia assumiu o comando da França, que era um dos mais avançados estados europeus naquela época.

Vale o seguinte esquema: muito distante do fim do absolutismo, ou mesmo durante a sua ascensão, deu-se a instalação do Tribunal da Relação da Bahia no Brasil Colonial (1609). Este Tribunal deriva de ato absolutista do rei de Portugal e é de citação obrigatória nos manuais de história do Direito. Em 1751, ainda sob a pecha absolutista e funcionando até 1808, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro já vivenciava a influência ilustrada — a questão, como seia óbvio, é puramente de período, tendo sofrido este último tribunal com a contemporaneidade da Revolução Francesa e a ascensão das ideias liberais. Cabe consignar que o Tribunal carioca foi extinto a partir da chegada da Família Real ao Rio de Janeiro, evento que inaugura o denominado período joanino e que culminou, anos após, com a declaração da Independência do Brasil.

Ainda sobre o Tribunal carioca, vale reportar que, em Portugal, a Lei da Boa Razão, aplicada no Brasil durante o funcionamento do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1769), era a própria ilustração e o racionalismo a se manifestarem. Esta Lei redirecionava as fontes do Direito e o tratava com lógica de aplicação. Servia, ainda, de parâmetro de aplicação da própria legislação em vigor, no caso as Ordenações Filipinas. A partir daí, o constitucionalismo, de fato, passou a ser o caminho anunciado.

É interessante consignar, como foi adiantado acima, que antes do estabelecimento das constituições e no período da ilustração antecedente ao Estado liberal constitucional, a Lei da Boa Razão, por ser um parâmetro de reorganização e aplicação das fontes do Direito, muitas vezes era encarada como verdadeira fonte de validade e diretriz de aplicação de outras normas. Neste sentido assemelhava-se, ao que depois restou por consagrar a tecnologia jurídica do controle de constitucionalidade, tão estudado no Direito Constitucional.

Interessante consignar que a metrópole de Portugal ainda não possuía a sua constituição (característica clara do absolutismo ainda restando) e o Brasil, que se tornou independente em 1822, trataria de se adequar ao resto mundo e fazer a sua Carta Magna em 1824.

A primeira constituição portuguesa, diga-se, é datada de setembro de 1822, portanto, apenas dois anos antes da carta constitucional do Brasil, já independente e a apenas alguns “instantes” da declaração da independência brasileira. Enquanto isso, os movimentos constitucionais ocorriam pelo mundo e a constituição americana surgiu ainda antes, em 1787. Não é mera coincidência que as constituições se elaboradas pelo mundo durante o período adjacente à Revolução Francesa.

É de boa percepção deixar gravado que o sentimento constitucional antecedia à própria Independência do Brasil, em razão das influências catalogadas. Assim explica PAULO BONAVIDES:

O princípio da ordem representativa e constitucional de unidade das províncias antecede a independência. O pensamento constitucional deu o primeiro passo no sentido de sua concretização com a deputação de São Paulo representando ao Príncipe D. Pedro à necessidade de convocar uma junta de Procuradores Gerais ou representantes das províncias, “deputação brasileira”, com sede no Rio de Janeiro, tendo sido José Bonifácio um dos subscritores desse importante documento patriótico.

JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO, o Marquês de São Vicente, por ocasião do Segundo Reinado, doutorou sobre a Constituição Federal de 1824, publicando a obra Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. O Marquês de São Vicente também se reporta aos direitos individuais, classificando-os de forma muito iluminista e ilustrada, ao analisar o artigo 179 da Constituição de 1824. Entre outras explicações, são definidos aqueles direitos como absolutos, inatos, primordiais e pessoais do homem, acrescentando também as diversas espécies e direitos individuais elencados, tanto como de liberdade, propriedade, igualdade e segurança, além da liberdade do trabalho ou indústria. Interessante é o estudo desta doutrina no Brasil de constitucionalidade encontrado. A nosso ver, a atenção do magistrado foi intuitiva, de modo a utilizar a Lei do direito como base para qualquer julgamento e atuando de forma a prevalecer sobre as demais e anteriores espécies normativas.

(Notas e referências adicionais)

Obras citadas:

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. Direito e Justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 545; 547; 552. Os autores bem descemem a transição, informando que no período final de funcionamento do Tribunal referido (o que remonta ao espaço de tempo imediatamente anterior a 1808, data da sua extinção), já se tentava andar por caminhos de aplicação do Direito baseado na Ilustração e o Iluminismo. Este caminho foi trilhado, segundo os autores, principalmente pelo Direito Penal.

POLARIZAMOS, Arco; WEHLING, Maria José, op. cit., p. 581. Aqui se tem a delimitação do momento exato da extinção deste Tribunal que, na verdade, em 1808, quando de vinda da família real portuguesa, fundiu-se com a Casa da Suplicação.

LÓPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mauro Rabelo; ACCA, Thio dos Santos. Curso de História do Direito. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 113 e 218.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José, op. cit., p. 386. Já mencionamos que a Lei da Boa Razão, ainda sob o égide do absolutismo, conduzia ideias modernas. Os autores traçam o exemplo da magistratura de Baltazar da Silva Lisboa que, no exercício de suas funções, utilizou a Lei da Boa Razão como pressuposto básico de validade do sistema, no que demonstra a justa suspeira com a espécie de controle de
ainda Império. Importante é ainda identificar as denominadas “cláusulas abertas”, que identificaremos e estudaremos abaixo, já por esta ocasião da primeira constituição nacional.

Ora, como se vê, a Constituição de 1824 carreou doutrina e contribuiu para representar a inauguração de uma nova era pós-absolutismo no mundo. Juntamente com outras constituições contemporâneas, representou igualmente a tecnologia jurídica e a modernidade. A Constituição era ótima sob a ótica jurídica que se poderia observar na época. O Brasil estava em processo certo e a Constituição de 1824 era de extremo valor. O Brasil Colônia viveu o absolutismo europeu e seus mandos, mas o Brasil independente não viu mais nada do antigo regime, a despeito de uma outorga constitucional considerada historicamente inconveniente.18

3. A Constituição e suas propriedades: pós-positivismo e neoinstitucionalismo

Chegando ao constitucionalismo brasileiro e à Constituição de 1988 muito se tem a argumentar. De 5 de outubro de 1988 para cá, se desenvolveu e madureceu amplamente em termos de aplicabilidade da Constituição. O que se quer e sempre se quis, obviamente, é que este documento político de objetivos e compromissos do Estado não estivesse apenas no plano formal de sua existência, mas sim na mais ampla frente de aplicabilidade. Foi nesta toada que surgiram as linhas de teorização que prestigiou a total adequação do Direito infraconstitucional, mormente aqueles sistematizados, como o direito civil à constituição – Direito Civil Constitucional, por exemplo.

A relação da Constituição com os termos de qualquer lei vigente e demais atos normativos é de pressuposto máximo da validade. É assim que Jorge Miranda se refere sobre o tema de inconstitucionalidade: “Uma relação de desconformidade, e não apenas de incompatibilidade, uma relação de descorrespondência, de inadequação, de inidoneidade perante a norma constitucional, e não apenas de mera contradição.”19

A questão, então, não nos parece complicada, ou ao menos não o deveria ser. A Constituição é pressuposto de validade e só. A problemática seria, então, o apenas aparentemente simples confronto entre os atos normativos e a Constituição. Mas, como ciência humana, o Direito e o sistema jurídico não nos deixam esta facilidade. E nem poderiam (e aqui não se utiliza o tom da crítica, mas sim de conformismo de que, realmente, só um sistema evolucionista e não fechado pode possibilitar avanços). Explicamos melhor: a Constituição Federal, como carta política básica do Estado, possui seu núcleo fundamental extremamente denso e carregado de sentimento. Sim, técnica, direito e sentimento.20


19 MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 418.


O confronto entre a norma infraconstitucional e a Constituição, longe do confronto direto e simples através dos artigos e incisos isolados, passa por uma questão sistemática a ser resolvida em valores morais, éticos e de organização estatal, como a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência, ou modernamente de não culpabilidade, a separação dos poderes, princípios administrativos e da administração pública, dentre outros, o que torna plural e sujeito a evolução constante o método interpretativo. É sistema que não se resolve em qualquer formula matemática, mas sim na simbiose entre a técnica jurídica e os objetivos e caminhos da sociabilidade, daí a necessidade de um estudo aprofundado e científico para nos dar como resultado, ainda que momentâneo e até prova em contrário, um meridiano de atuação e conclusões aceitáveis. Trata-se de o Direito ser considerado como ciência social responsável pela confecção deste caminho.

Esta trilha nos levará à questão básica de nossa argumentação: a interpretação do núcleo fundamental da Constituição, suas cláusulas abertas e a coisa julgada nas ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade.

Enfrentemos, agora, a questão sob o primeiro enfoque. O núcleo fundamental da Constituição é a constituição material, o acervo de princípios que a caracterizam e lhe conferem identidade e substância. É a ideia do Direito relacionada ao tempo e o lugar.21

Pois bem, este núcleo material está permeado de denominações, mas certo é que a própria Constituição Federal os anuncia. Assim, trata o título I do que consigna expressamente princípios fundamentais e o título II, dividido em diversos capítulos, traz gravada a cláusula inicial direitos e garantias fundamentais (grifos deste artigo). Ora, a própria palavra “fundamental” é repetida e frisada no texto constitucional. Após, declarando o núcleo rígido da Constituição, o parágrafo 4º do artigo 60 nos revela que, dentre outros preceitos, são intangíveis os “direitos e garantias individuais”.22

Não há como negar que, nesta parte, restringiu-se a rigidez que desafia à reforma a determinado ramo e categoria de direitos constitucionais, e não a todos. Não é por outro motivo que, neste caminhar, a cada momento um direito que inicialmente poderia parecer excluído é catalogado como imutável por estar afeito a direito e garantia individual, ainda que fora do artigo 5º da CF. Assim, para ser imutável, está a a categoriação que se deve buscar: ser o caso de autêntica “garantia e direito individual”.

A legalidade tributária, por exemplo, encontra-se insculpida no artigo 150, I, da Constituição Federal.23 Este instituto decorre da estrutura básica do Estado Democrático de Direito, garantia este que decorre, antes de tudo, do núcleo rígido do artigo 5º da Constituição Federal. Respeitados doutrinadores adicionam questão interessante, ao revelar que, mesmo em regimes de exceção, omissão em que garantias

21 MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 169 e 168.

22 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

23 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça, [...].

Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (69), 2015
constitucionais individuais estavam suspensas, ainda assim se manteve íntegro o princípio da legalidade tributária. Conforme Luís Eduardo Schoueri, “mesmo em regimes ditatoriais, a matéria tributária foi excepcional, preservando-se o princípio de que a cobrança de um tributo é condicionada à concordância prévia dos contribuintes, diretamente ou por seus representantes”.

Ora, com a nossa argumentação já provamos que a questão complexa e plural da evolução do mecanismo de aplicação e interpretação da Constituição já se inicia em saber sobre o que é ou não parte dos seus pilares básicos e imutáveis. O que se insere ou não nas indicações do parágrafo 4º do artigo 60. Esta foi a intenção veiculada no exemplo advindo do Direito Tributário. Colocada de lado, então, qualquer outra questão argumentativa, extreme de dúvidas que, em primeiro plano, os direitos fundamentais que protegem o cidadão frente à força coercitiva do Estado são, pois, direitos fundamentais e, ainda, espécie de garantias individuais, estejam onde estiverem no texto político.

Os direitos e garantias individuais são, pois, direitos fundamentais do cidadão na medida em que o protegem contra a força física e ideológica do Estado e também contra a interferência indevida de outro cidadão ou grupo que tende gerar opressão de alguma forma. Nesta ordem e mantida a coerência que queremos estabelecer desde o início, é de se vislumbrar que a afirmativa constitucional do inciso I e II do artigo 5º da CF dirige-se tanto ao Estado quanto a qualquer outro cidadão ou grupo. Neste fluxo, não só se proíbe que o Estado, enquanto poder público, diferença de forma arbitrária homem e mulher, como a qualquer outro cidadão, grupo, empresa ou corporação é vedado o mesmo comportamento.

Alguns direitos, pois, se dirigem face ao Estado e só só contra ele em vista de sua natureza peculiar e outros se dirigem a qualquer pessoa ou organização do corpo social. Todos são direitos fundamentais e de aplicações e dimensões diferenciadas caso a caso.

Os direitos fundamentais, enquanto adotando esta terminologia, possuem origem francesa. Melhor que se consigam as palavras e a lição na sua origem: “a primeira dimensão corresponde, cronologicamente, à conquista dos direitos individuais civis e políticos, cuja fonte principal reporta-se à origem da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, na França. No base desses direitos está a ideia de segurança e de autonomia individual em face do Estado.”

Podemos dizer que nos direitos fundamentais, inserido aí o direito e garantia do indivíduo, temos as maiores bases dos julgamentos na corte constitucional brasileira. Nas ações de (in)constitucionalidade a questão se torna ainda mais saliente.

25 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:
  I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
  II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa sentida em virtude de lei;
26 Não se tratou aqui das dimensões dos direitos fundamentais e a sua evolução desde A Revolução Francesa, mas recomendamos a leitura desta parte em PEIXINHO, Manoel Messias. As teorias e as métodos da interpretação aplicados aos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 24 usque p. 29,

4. Direitos Fundamentais, Ativismo Judicial e Pós-Positivismo

Com a ascensão das constituições e suas respectivas evoluções, mormente na inserção sempre incrementada da interpretação dos direitos fundamentais, chegamos ao pós-positivismo, neoconstitucionalismo e, por fim, ao próprio ativismo jurídico.

Hoje, há clamor preponderância de princípios que são constitucionais e que se ligam ao Direito Natural, constituindo-se cláusulas verdadeiramente humanas e éticas (valor moral), entalhando cláusulas pressupostas de validade por sua reconhecida supremacia legal. Existe supremacia dos princípios constitucionais em relação ao conteúdo de qualquer regra de Direito Positivo, ainda que regularmente aprovado pelo parlamento e seguindo o devido processo legislativo. Referidos princípios são cláusulas constitucionais carregadas de preceitos morais e éticos. Este núcleo ético/humano/normativo encontra-se na parte fundamental de constituições como a de 1988 no Brasil.

Isto porque se não pode olvidar que o chamado núcleo básico constitucional carrega as ditas cláusulas abertas e raios de cidadania que determinam uma maior elasticidade da interpretação das normas constitucionais, da mesma forma que acabou por ascender o Judiciário a um patamar jamais visto na História nacional, guardião último dos âmbitos de cidadania e ativo na interferência dos âmbitos jurídico e governamental. Esta elasticidade decorre do fator democrático. As sociedades são plurais e os conceitos e fins almejados podem ser variáveis na linha do tempo. Esta afirmação define bem a necessidade de utilização do princípio à revelia da regra, conforme abaixo bem determinaremos.

Logo ao iniciar a sua explicação, GISSEL CITADINO affirma que, no âmbito da filosofia política contemporânea, os representantes do pensamento liberal, citando JOHN RAWLS e DWORKIN, adotam o pluralismo para descrever as democracias modernas como sociedades onde coexistem distintas concepções e valores. Daí o porquê do engrossamento do positivismo outrora proposto já apresentar a sua falha.

Esta argumentação já é suficiente para demonstrar que as particularidades orixinais do pluralismo são obstáculos claros ao positivismo que se quer ver, muitas vezes, extremado.

28 Importantes ainda os aportes elaborados por Manoel Messias Peixinho, nos quais ganha sede o fato de que o termo pós-positivismo é equivocado, já que ganham desta denominação as teorias pós-kelsenianas que visaram a reformulação do positivismo e apontaram a sua insuficiência. Citando Antônio Cavalcante Maior, aduz que o pós-positivismo foi resultado de uma transformação clara da metodologia constitucional e do teor do Direito. Trata-se de uma nova hermenêutica constitucional, e o que seria, também, por óbvio, neoconstitucionalismo, conforme os europeus. Conforme PEIXINHO, Manoel Messias, op. cit., p. 46-47. O ativismo jurídico será objeto de classificação posterior.
RONALD DWORKIN doutrina que, quando se consideram casos difíceis, aqueles cujas soluções não são simples, mas, ao contrário, complexas e não raro multidisciplinares, recorre-se a padrões que não funcionam como regras, mas, ao contrário, operam como princípios e políticas, verdadeiras diretrizes.32

O estudo moderno do Direito não aponta, portanto, para o sepultamento do positivismo. Leis existem e bem positivadas — nesta concepção, para se referir às regras mais fechadas. Destarte, se entende que não poderá haver aplicação do Direito sem o norte dos princípios carreados no núcleo intangível da constituição, trazendo valores éticos que determinariam a validade e aplicação da própria lei. É óbvio que a questão se mostra mais acentuada nos casos complexos que DWORKIN denomina de "casos difíceis".33

A certa altura, DWORKIN define que a diferença entre princípios e regras é de natureza lógica. A diferença residiria nos padrões oferecidos por um ou outro caminho, chamado pelo autor de "orientações". As regras seriam aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Ou uma regra é válida para a resolução de determinado caso concreto ou não é, situação em que nada ela contribuirá para o seu desfulde.34 No entendimento da presente abordagem, a regra é um projeto de adequação a um caso concreto que ela idealizou ocorrer um dia. O fato nem sempre ocorre, mas, se ocorre, será de maneira que a regra o tocará para, tão só, se operar ou não, em conformidade com a sequência do tudo ou nada de DWORKIN.

Os princípios, como projetos mais racionais de solução dos casos concretos, passam por um processo mais aprimorado de visão do razoável, do justo e do ético, além de sofrerem releituras evolutivas de modo a acompanhar a sociedade — aqui residiria a verdadeira ciência social. Os princípios aplicam-se com mais eficácia aos casos mais difíceis de modo a atender aos anseios sociais de equidade, lógica e justiça, além de se oporem ao jogo de erros e acertos da norma positiva, incapaz de prever toda sorte de complexidade de causas a serem submetidas ao crivo, principalmente, das cortes constitucionais.

Não se sustenta aqui a imprestabilidade da regra, mas sim a sua limitação, o que a torna, hoje, escrava dos princípios; seja para nortear a sua própria aplicação, seja para solucionar os casos inacabáveis que sempre existirão.

Não por outro motivo, DWORKIN formulou a sua famosa afirmação de que "mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar uma causa", devendo o juiz atuar de forma a descobrir investigativamente qual é o direito da parte, negando-se a possibilidade de criação de direitos novos a serem aplicados retroativamente.35

Assim, nos princípios, eis o direito, que é preexistente. É utilizando de toda esta argumentação que podemos afirmar que chegamos às seguintes e parciais considerações em nosso estudo:

29 DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 127. No Brasil poderíamos citar como um dos casos difíceis o julgamento da questão que ficou conhecida como "Represa Terra do Sol", relativa à denúncia de terras indígenas em aposição aos denominados "ruralex", produtores de arroz e o caso da "fita limpa", relativo à elegibilidade de candidatos já condenados por crimes em órgão colegiado.
30 DWORKIN, Ronald, op. cit., p. 39.

1. a Constituição possui, hoje, a posição de importância devida no ordenamento jurídico, não nos parecendo mais um documento meramente formal;
2. as diretrizes constitucionais insculpidas em seus preceitos possuem importância destacada e, enquanto conceitos jurídicos abertos à interpretação racional e sistêmica, estão sempre em franca evolução jurídica e técnica;
3. a aplicação máxima e direta da Constituição tem sido a linha de atuação dos operadores do Direito contemporâneos;
4. há ascensão, decorrente disto, da função judiciária e do aparecimento do ativismo judicial que lhe é correlato;
5. a posição hoje preponderante do STF como órgão que, com suas decisões, insere-se no cenário político brasileiro de forma a traçar diretrizes aguardadas com expectativa pela sociedade brasileira.
6. toda esta organização de ideias se aplica de forma bastante adequada no julgamento da ADIN/ADC

As indicações acima, diga-se de passagem, são retrato do que deveria ter sido sempre. O cenário imediatamente anterior, a nosso ver, revelava-se um tanto quanto equivocado ou mesmo ineficiente. O ambiente atual posiciona a Constituição no topo, desvela direitos fundamentais como prisma de interpretação para qualquer lei ou ato submetido à apreciação, coloca o STF em posição nunca antes vista no cenário brasileiro, centralizando decisões que, de forma homogênea, muitas vezes, toca os cidadãos em toda a parte do território brasileiro.

As considerações acima estão todas entrelaçadas entre si. O grau de comprometimento entre a interpretação das normas constitucionais e a aplicação máxima do texto constitucional, de um lado, o ativismo judicial e a ascensão do Judiciário36 de outro é o que nos dá o tom desta fase da vida jurídica brasileira tão debatida.

Não se pode ainda refutar que foi a onda interpretativa dos direitos fundamentais insculpidos na constituição e as suas cláusulas abertas que nos aproximou da doutrina americana tão citada e baseada na diferenciação entre os princípios e as regras, conforme já fizeram apurar.

Há que se repetir que os princípios constitucionais determinam o norte.

5. O ativismo judicial e a ascensão do judiciário

Destacamos, por fim, este tópico dentro da nossa temática, pois, debatidos os princípios constitucionais e as suas aplicações, temos duas decorrências não finais, mas certamente das mais importantes: o ativismo judicial e a ascensão do Judiciário. Sem embargo, é de se consignar que estes temas se cruzam e caminham juntos até aqui. Não sobrevivem, pois, sozinhos. Um, escora a justificativa do outro.

Soa lógico que a supremacia constitucional coloca o Judiciário como centro das expectativas. A constituição não é apenas um documento formal, mas, como dito,
paradigma material denso. Assim começa a ascensão jurisdicional e o ativismo judicial. Segundo o grande constitucionalista carioca Luís Roberto BARROSO, temos o seguinte:

No Estado constitucional de direito, a constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Neste modelo, existe a centralidade da Constituição e a supremacia jurisdicional, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou supremo corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.  

Neste contexto, o Judiciário tem sido acionado para decidir questões de ordem social e política que influenciam globalmente na vida nacional. Há claramente, então, um ponto de contato entre a área jurisdicional e a instância política de poder. Não se nega que, nesta nova ordem jurídica, os tribunais é concedida grande parcela do poder político. A questão, que não faz parte do nosso trabalho, é saber até onde há ferimento ao princípio da separação dos poderes, ou seja, até onde a jurisdicionalização não compromete o Estado Democrático de Direito. Casos emblemáticos denotam esta jurisdicionalização, como no caso da demarcação das terras indígenas, a utilização de células-tronco para pesquisas biomédicas e a união homoafetiva.

Ora, não deixando de lado nosso compromisso de interligar os assuntos aqui debatidos, é de se dizer que os casos judiciais acima, objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, são exemplos claros de casos difíceis conforme os estudados por Dworkin e cujos julgamentos tiveram como escopo a aplicação e interpretação de princípios constitucionais. Em palavras diversas: estes julgamentos tiveram o evidente influxo da interpretação de cláusulas abertas constantes da Constituição. A jurisdicionalização, portanto, em ações cujo objeto veicula assuntos de grande meia social, tem se valido de asas das famosas cláusulas abertas do texto constitucional para buscar e fundamentar decisões de um ato.

O ativismo jurisdicional não só possui ligação, como decorre da ascensão do Poder Judiciário e da aplicação dos princípios éticos constitucionais. Assim, se pode determinar, sem medo de errar, que o ativismo jurisdicional é a mola precessora que confere a maior efetividade possível a direitos, momentos os constitucionais. O ativismo jurisdicional é bem explicado por BARROSO:

O ativismo jurisdicional é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da suprema corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969 [...] a ideia do ativismo jurisdicional está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais com maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes. Em algumas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

Continuando a usar a oportuna fonte do autor acima citado, gravamos que é a aplicação direta dos princípios constitucionais com a justificativa de conferir maior efetividade à constituição e suas normas que faz surgir o viés ativista do Judiciário. É a utilização das cláusulas abertas que confere maior liberdade de julgamento ao Judiciário.

Eis então o perigo: a possível afronta à separação dos poderes e a instalação de uma "ditadura" jurisdicional. Na primeira hipótese não se pode negar que, em muitas das vezes, os princípios servem para substituir, em dado julgamento, o critério do administrador eleito pelo critério do juiz. Não só o juiz não possui esse grau de legitimidade (voto popular), principalmente os de primeira instância, como não possuem apoio e conhecimento técnico suficiente. Na segunda hipótese, temos que a interpretação dos princípios pode ser demasiadamente flutuante de forma a poder fundamentar qualquer tipo de decisão, o que, além de gerar a repugnante insegurança jurídica, certamente faz retomar ao primeiro aspecto: mera substituição da vontade do administrador pela do juiz.

Como, então, controlar a ação do Judiciário? Como controlar o uso de questões fundamentais da constituição de forma a gerar julgamentos equivocados? A questão não é fácil, a partir do fato de que, com base em premissas constitucionais fundamentais, se pode desde negar a execução de um mero contrato formalmente elaborado e pactuado entre as partes ou mesmo a penalizar uma obra em execução pelo poder público.

É de se ter limite, claro, mas sem a negação correlata do ativismo.

Questão relevante é que, por missão constitucional, e a despeito de qualquer lesão individual que desafio à ação correlata, o Ministério Público, na defesa dos direitos conhecidos e difusos, tem sido um dos principais agentes de judicialização de questões que envolvem diretrizes e critérios adotados pelo governo. Fora questões objetivas e formais que anulam e invalidam o ato administrativo, aquele órgão utiliza-se bastante de argumentações pós-positivistas para consecução dos fins imediatamente almejados, transferindo para o Judiciário, em verdadeira simetria, o poder dos julgamentos baseados em cláusulas abertas para intervir em questões que envolvem o cenário político executivo.

Forte no argumento de que cada caso é um caso, inegável hoje que as argumentações neoconstitucionalistas ou mesmo pós-positivistas estão no caminho do...
modernidade da aplicação máxima do texto político. Claro então que a ninguém é dado vilipendiariamente, ainda que com base na formalidade expressa e indicada na lei, qualquer direito fundamental com resultados fora do razoável. Veja-se, está a grande cláusula aberta: "razoável"! E não é só: o que seria "digno," "proporcional," ou mesmo "fundamental." Ora, se não é dado ao juiz substituir o administrador, também não é dado a este o poder absoluto, de base na aplicação fría da lei, atingir resultados descontínuos. Talvez as argumentações jurisdicionais pós-positivistas possam mesmo ser encaradas como direito de proteção das próprias minorias face o ensaio iminente pelo populismo demagogo dos eletos e sempre interessados na eternidade do poder.

O próprio Supremo Tribunal Federal tem se utilizado dos princípios constitucionais e suas cláusulas abertas para fundamentar a defesa de setores minoritários. Em sua concepção, o próprio STF assume a função contramajrúteria para, como final de linha no processo decisório brasileiro, defender o direito das minorias.

Torna-se muito fácil, na âge do positivismo kelseniano, agir da forma que a lei determina, obtendo efeitos que aquela obviamente não pretende. A aplicação mais corriqueira da lei deve ser guiada pela razão e congruência, sob pena de se separar o corpo da alma. O primeiro objeto, de caráter físico, não existe só em relação a este conceito e de forma puramente metafísica.

Não é por outro motivo que a definição de norma não se confunde com a de lei. A lei é a letra lançada, pura e pendente de interpretação. A norma é o espírito da lei e realmente aquilo que ela efetivamente almeja como fim último. A interpretação de qualquer dispositivo, então, buscando-se o verdadeiro sentido e comando, fará a que o que chamamos de norma deve ser coadunado, sempre com os princípios constitucionais. Os princípios constitucionais devem componer a ação interpretativa de qualquer lei.

Claro que a pergunta sublinhar persiste até agora: como controlar o Judiciário em vista do auge da aplicação dos princípios constitucionais que são, como dito, flutuantes? Para nós, a aplicação destes princípios de forma "intensa" é muito mais aceitável em julgamentos complexos e que não encontram resultado imediato na interpretação segura e direta do ordenamento jurídico. Seriam os casos difíceis referidos por Dworkin. Entendemos que não se pode tornar complexo aquilo que realmente não o é para, com apoio e com a descupla do uso dos princípios, julgar o caso farmáquico que poderia ser comumente esperado por quem tenha mínimo conhecimento da ciência jurídica.

Os princípios, assim, servem para corrigir tanto a desproporcionalidade como a falta da própria lei e, portanto, qualquer resultado desigual ou visivelmente injusto – inconstitucional, diga-se, deve ser elidido. Não servem os princípios, pois, para fugir do resultado normal que se pode esperar para, simplesmente, aproveitar a oportunidade para julgar-se de forma inédita ou mesmo casualista.

Como, então, controlar? A hipótese mais crescente de indagação é saber se a textura aberta dos princípios pode gerar um poder arbitrário por parte dos magistrados. A resposta será negativa se seguido o método de fundamentação adequado, nos moldes do artigo 93, X, da Constituição Federal, de maneira a gerar o controle exato do julgamento por qualquer um que leia a decisão (sentença e etc). Outro Método de controle são os recursos cabíveis à espécie, no caso de julgamento em instâncias inferiores, transferindo o caso para análise de órgãos colegiados ou ainda compostos por magistrados nomeados políticamente e, em tese, mais experientes. Já caso no das instâncias superiores onde não seja mais possível a interposição e manejado de recursos e os juizes são nomeados por aquele que detém legitimidade popular (o presidente da República – sem ser a comissão do senado), caberá tão só a revogação social que, mesmo impotente muitas vezes, servirá de diretriz para casos futuros.

Há de ser o princípio constitucional bem explicado no julgado, além de útil e adequado ao caso julgado. Há de haver convencimento fundamentação do julgador. Ao atingir esta parte do ensaio, vale afirmar que coerência e justiça são duas finalidades a serem alcançadas com o exercício do Direito, conforme o pensamento de Robert Alexy que assim se manifesta: "desde sempre, que o conceito de coerência tem fascinado juristas e teóricos do Direito. O termo promete tanto a vinculação ao Direito Positivo quanto à racionalidade. Autoridade e razão parecem se deixar conciliar no sistema."

Há de se ter, então, coerência.

6. A proteção da Constituição e os seus mecanismos – ADIN e ADC: a coisa julgada nestas ações

Chegando a este tópico e mais uma vez considerado a sua importância para o viés da presente abordagem, apresentamos algumas justificativas. O prisma principiológico da Constituição Federal é apresentado como primeira base de referência jurídica de julgamento e pode ser utilizado em qualquer instância judicial no Brasil por diversos motivos, a saber: 1 - qualquer julgamento pode ser norteado por princípios constitucionais, ainda que não esteja em debate qualquer (in)constitucionalidade de preceito legislativo; 2 - no Brasil as instâncias inferiores

42 INFORMATIVO Nº 635 TÍTULO União Estável Homofativa - Legitimidade Constitucional - Afeto como Valor Jurídico - Direito à Busca da Felicidade - Função Contramajrúteria do STF (Transcrições) RE 477554 - Recurso Extraordinário (Processo físico)
43 Está criticar o "cumpriimento" dissimulado da lei é do conhecimento corrente no meio acadêmico e, francamente, dito, no que deixamos de citar a fonte. É dizer: fazer o que a lei manda obtendo resultados que ela não quer, nem jamais pretendia.
44 Referimos ao corpo humano e admitimos aqui como verídico e fato de que o corpo assume uma alma correspondente.
45 Exemplo clássico é o que observa no Código Penal, no qual se lê que: Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. Ora, não se pode afirmar que a lei diga expressamente que é proibido matar. Isto realmente não está escrito e, portanto, não pode ser lido. Mas, de outro lado, pode ser "entendido" que é proibido matar. Isto não se nega como resultado de um simples trabalho de inteligência interpessoal — eis o que é norma, eis a alma. Defendemos então que os direitos fundamentais e os princípios pelos quais decidimos servem de abrigo para aplicação de qualquer lei. Daí dizemos modernamente, por exemplo, "Direito Civil Constitucional". No sentido que defendemos neste texto sobre a diferença entre lei e norma há o posicionamento de Amaral, Francisco. Direito Civil: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 63.
podem resolver incidentalmente questões de constitucionalidade de atos normativos sem efeitos gerais — desde que apenas como fundamento da decisão final. Entretanto, são nas ações cujo objeto principal é a (in)constitucionalidade de um ato normativo a sede em que mais se observa a utilização de preceitos constitucionais (cláusulas abertas) para o julgamento final com efeitos erga omnes.

Claro que não se pode deixar de registrar a arguição de descumprimento fundamental (ADPF) ou ações das mais diversas e com prejudicinhas controvertidas que criam expectativas e precedentes para os próximos julgamentos, não só do STF, mas também por todo o Judiciário nacional. A questão intensifica importância, se considerada ainda a hipótese da súmula vinculante trazida pela Emenda Constitucional nº 45. Ocorre que, no nosso estudo, o corte utilizado é apenas o que incide diretamente na ADIN e na ADC e os princípios constitucionais. O que se quer dizer então é que as ações constitucionais são apenas a ponta do iceberg em razão da vasta utilização dos preceitos constitucionais para os mais diversos meios de ação e justificativas.

6.1. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade

A ADIN é um dos instrumentos de defesa do sistema normativo constitucional. É este instrumento que faz chegar à Suprema Corte ou ao tribunal de justiça dos Estados, ato normativo produzido, em tese, desacordo com as normas e preceitos constitucionais.25 Kelsen foi responsável pela organização da hierarquia das normas e do pressuposto de uma lei dita fundamental, no que restou conhecido como a "pirâmide de Kelsen", embora assim não nomeado por ele próprio em sua obra. Neste sentido, Kelsen foi quem inaugurou o controle da constitucionalidade na Europa introduzindo-o na constituição da Áustria no ano de 1920.26

Na nossa realidade, a conhecida ADIN é instrumento que ataca a situação de inconstitucionalidade normativa “em tese”. Em outros termos, ainda que considerada a contrariedade do ato normativo frente à constituição, é importante registrar que não se exige haver nenhuma lesão em concreto a ser apreciada. Não se exige dano que se observe no mundo dos fatos. O que se objetiva é a retirada de determinado ato normativo do cenário jurídico.

Na verdade a lei (ato normativo) já pode até estar causando algum dano para determinada pessoa, segmento social ou instituição, mas este não será objeto de apreciação na ação direta de inconstitucionalidade. Não há nesta sede, também, qualquer litígio entre partes. Trata-se de processo objetivo.27

62 O que se traduz espécie de normatização em maiorias das vezes amparada por preceitos constitucionais.

25 Ressalte-se que nestes casos não se têm, na maioria das vezes, ações originadas no STF. O caso pode trazer de simples julgamento de recurso extraordinário para apurar matéria constitucional que fundamentalmente singelo pedido veiculado em ação ajuizada perante qualquer juiz singular instalado em qualquer canto no Brasil. Entretanto, Interessante o leitor é considerar que estas hipóteses podem operar um verdadeiro "eus não sou eu".

26 Neste sentido, vale verificar o que afirma SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 526. Este autor informa textualmente que: "a Jurisdição Constitucional emergiu historicamente como um instrumento de defesa de constituição".


63 Idem, p 73

Pois bem, tratando da ação de inconstitucionalidade, vale reportar: quais os seus efeitos em relação ao ato normativo atacado. Segundo a doutrina brasileira e as aplicações do Supremo Tribunal Federal, a lei considerada inconstitucional é nula, inválida. A decisão é, portanto, declaratória neste sentido, até pelo fato de que se trata de nulidade absoluta. A lei, então, é retirada do catálogo jurídico.28 O ato nulo não produz efeitos. Diz, a lei inconstitucional ser assim declarada de forma retroativa. Esta era, enfim, a doutrina tradicional. De outro lado, embora tenhamos afirmado e reafirmado agora que a ação direta de inconstitucionalidade seja processo objetivo no qual não se discutem questões subjetivas, ressalvamos que, fora do cenário processual, esta lei pode ter causado ou estar causando modificações no mundo dos fatos que não poderão ser desprovidas pela Suprema Corte. Foi neste aspecto que a jurisprudência do Supremo vinha se inclinando de forma a, atento às mudanças causadas pela lei, direcionar temporariamente os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Não foi, então, sem tempo, que ocorreu a promulgação da Lei nº 9.868/1999. Esta Lei, que regulamenta o processo e julgamento das ações diretas de (in) constitucionalidade, em seu artigo 27, permite que em sua decisão o Supremo marque limite temporal a partir de quando a lei declarada nula cessará os seus efeitos.29

Com esta informação selamos o argumento de que, embora o processo cujo objeto principal seja a inconstitucionalidade de uma lei como algo realmente abstrato e fora de questões subjetivas, não se elimina a observação do mundo dos fatos. Não há observação de derivado considerando o sentido veiculado na ADIN, que não trata de direitos subjetivos, mas a observação meridiana e geral dos efeitos que a lei causou e vem causando na sociedade, incluindo expectativas de direito ecológicas do boa fé. Desta maneira, ainda que sendo ato nulo, o Supremo reconhece os efeitos causados no mundo dos fatos pela lei e a impossibilidade de se utilizar das simples e velha máxima civil dos efeitos retroativos e de que as partes voltam ao estado em que antes se encontravam.30 A questão veiculada no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 é, então, de segurança jurídica.31

Chegamos, enfim, à coisa julgada na ADIN.

O momento é interessante porque já se viu e, até aqui, que até mesmo um ato nulo (ato normativo inconstitucional) pode ter seus efeitos garantidos em determinada época em função da modulação de efeitos (artigo 27 da lei 9868/99). Reconstituí-se, então, que a boa fé e a dignidade de terceiros não podem ser superadas. Mas, sendo o ato normativo declarado inconstitucional e decretada a sua nulidade, faz-se a coisa julgada formal e também material? A resposta é positiva para as duas hipóteses: material e formal.

A coisa julgada material, razão de nosso maior interesse, impede que a matéria seja rediscutida ainda que em nova demanda. Os efeitos são, portanto, internos e...
externos ao processo originário. Conclui-se, então, que ajuizada uma ADIN e considerada a lei inconstitucional, vale dizer, nula por estar eivada de invalidade, esta é retirada do ordenamento jurídico e a matéria não poderá ser novamente reaberta. É caso julgado. Veja-se que tratamos aqui da ADIN cujo pedido fora julgado procedente. A lei é, pois, inconstitucional e não há mais o que se discutir. Não cabe, inclusive, ação rescisória deste julgado nos termos do que veicula o artigo 26 da lei 9868/99.66

Chegamos então ao ponto. Esta coisa julgada é peremptória como se recomenda tradicionalmente e conforme determina expressamente a lei 9868/99 em seu artigo 267

A indagação será respondida, antes, porém, é de se dissertar sobre a ação direta de constitucionalidade, como segue no tópico adiante.

6.2. Da Ação Direta de Constitucionalidade

A ação direta de constitucionalidade surgiu com o advento da Emenda Constitucional nº 3. Quando uma lei passa a ter a sua constitucionalidade questionada em vários setores e instâncias, os mesmos legitimados para propor ADIN poderão propor a ADC. Assim o tribunal será provocado para afirmar se a lei é constitucional.

Pode ser que a questão perca um pouco o seu brilho porque, do mesmo modo, caso algum legitimado houvesse por propor ação de inconstitucionalidade, o resultado improcedente seria, ao revés, a afirmação de que a lei é, de fato, constitucional.

Este é o caráter bivalente entre os dois institutos: ADIN e ADC. É de registrar que uma ADIN julgada improcedente equivale a uma ADC e uma ADC julgada procedente equivale a uma ADIN. A questão que se ressalta, então, é que mais nos interessam passar a ser a coisa julgada na declaração de constitucionalidade, não interessando se a ação era originalmente uma ADC ou ADI.

É de se dizer de forma contundente que, ao contrário da declaração de inconstitucionalidade, a declaração de constitucionalidade não faz coisa julgada material. A matéria pode ser rediscutida em novo processo pelo mesmo tribunal constitucional. Assim se age por questões várias é que referem tanto ao amadurecimento da interpretação das normas constitucionais, o que pode levar ao reconhecimento da constitucionalidade ou mesmo à superveniência de nova norma.


69 BARROSO, Luis Roberto, op. cit., p. 269.
6.3. Argumentos sobre a possibilidade de flexibilização da coisa julgada na ADIN: nua reflexão

A esta altura da exposição já está bem sedimentado que a ADIN, então, resulta em decisão de procedência cuja qualidade da coisa julgada material é inerente, o que ocorre em oposição à decisão improcedência, julgando-se constitucional a lei, ou mesmo a de procedência de uma ADC. A questão proposta é relativa à inutabilidade da decisão que chancela a inconstitucionalidade. Será ela situação desejável?

Usaremos inicialmente os mesmos argumentos da possibilidade de revisão de decisão positiva em ADC ou de improcedência na ADIN. Pode uma lei concessiva de um direito ser julgada inconstitucional por evidente falta de evolução interpretativa das clausulas constitucionais abertas na ocasião do julgamento? Exemplificaremos. Será que determinada lei que concede benefício tributário e que é considerada inconstitucional em certo período compreendido logo após a promulgação da Constituição poderia ser considerada constitucional em situação posterior e de melhor amadurecimento interpretativo da Constituição e suas normas fundamentais? A resposta só pode ser positiva em ambas as hipóteses. Ora, nada impede que esta lei hipotética tenha sido julgada inconstitucional por falta de sensibilidade sobre preceitos constitucionais que, mal aplicados, conduziram a uma inconveniente inconstitucionalidade. Como resolver a questão?

Perceba a dúvida que uma lei considerada "constitucional" continua como antes. A situação fática e jurídica é a mesma e é simples: a lei está em vigor e, portanto, ainda pode passar pelo crivo da inconstitucionalidade, como acima explicamos. O contrário já não é verdadeiro. A lei inconstitucional é extirpada do cenário legislativo nacional. Não existe, pois, ativismo jurídico que possa ressuscitá-la, sob pena de interferência mais que indevida nas atribuições do Poder Legislativo, fazendo vigorar o que passa a ser, então, uma nova lei, ainda que com o mesmo teor da antiga.

Com estes argumentos, não há pós-positivismo, neoconstitucionalismo ou ativismo jurídico que possa sustentar uma interferência tão drástica no equilíbrio entre os poderes constituídos. Primeiro, pela insegurança jurídica, pois a mudança de composição do tribunal ou o amadurecimento de entendimento constitucional de seus membros não pode se tornar motivo de insegurança jurídica. Segundo, porque, se adotada como viável a hipótese de revisão do julgado, teremos o equivalente à edição de uma nova lei por poder que, para tal, não está investido.

Seria todo desequilíbrio da organização dos poderes. O STF não poderá agir positivamente (ativalemente) a este ponto. Apenas a edição de uma nova lei, ainda que idêntica à anterior, e emanada do Poder Legislativo, poderá solucionar a questão.

Hipótese diferente seria a que envolva influência política indevida ou falta de isenção de qualquer dos ministros. Neste caso, o que temos é julgamento nulo por questões processuais e, portanto formais. Em toda ADIN em trâmite originário no STF, qualquer questão que envolva a falta de imparcialidade de um ministro deve ser suscitada durante o processo e decidida pelo próprio plenário, sob pena de preclusão pela autoridade da coisa julgada. De outra banda, o artigo 26 da Lei nº 9.868/1999 é claro em afirmar que não cabe ação rescissória em julgamentos de qualquer ação de (in)constitucionalidade.

---

Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (69), 2015
sentido de subverter princípios e vulnerar diretrizes constitucionais para a declaração da própria inconstitucionalidade, mas esta situação por si só não é motivo de revisão da decisão, será injustiça que se vê mantida em nome da soberania do julgado. O que se pretende é a consideração da parcial inconstitucionalidade do artigo 26 da Lei nº 9.868/1999, de forma a adequá-lo à Constituição, possibilitando a ação rescisória de julgado que se provou fraudulentamente.

7. Considerações FINais

Conforme foi exposto, partimos do ideal de Estado, sociedade e a necessidade de uma constituição. Não deixamos de demonstrar, tecnicamente, o desenvolvimento do Direito Constitucional como plató de segurança e, principalmente, de autolimitação dos poderes do próprio corpo governamental. É possível, a esta altura, apontar que o constitucionalismo é movimento muito mais moderno do que muitos vêm hodiernamente defendendo aqui e ali. Na corrida por uma constituição, o Brasil, como se nota e também ao contrário do que se possa equivocadamente crer, entrou bem a tempo na modernidade de uma lei maior e paramétrica das demais. Nossa Constituição data de dois anos anos após a independência, isto sem contar que a ideia do texto, a par dos tempos da constituinte que fora fechada, era ainda anterior.

A constituição, ou melhor, as nossas constituições, foram de nossos documentos mais caros de organização social e política, embora a última seja a que melhor relevo alcançou. A Constituição Cidadã de 1988 e suas cláusulas abertas erigiram o Judiciário a um patamar jamais visto. O Judiciário preponderou nos últimos anos e caminhou para o ativismo jurídico ao qual nos referimos.

Dai, para melhor proteger o que temos de mais caro, criou-se na própria égide originária do texto os mecanismos de proteção. Os mais proeminentes são a ADIN e a ADC, que atuam como armas pesadas para proteção direta da Constituição. Ao mesmo tempo, são esses instrumentos (ADIN e ADC) os que, em determinada análise, mais contribuem para ampliar a ascensão do Judiciário, além de interfiriem, por sua própria natureza, na esfera de atuação dos outros poderes.

Estas ações, de outro lado, são exemplos clássicos, embora não únicos, dos chamados “casos difíceis”. E são naturalmente difíceis estes casos porque envolvem a aplicação da constituição e seus conceitos jurídicos por vezes flutuantes. Os conceitos constitucionais são a prova jurídica de que haverá alguma solução e não lacuna no julgamento de determinado caso concreto. O Direito Positivo Constitucional será, então, sempre, preexistente e pronto a solucionar qualquer questão, ainda que não haja letra expressa no texto constitucional.

A câmara aberta das cláusulas constitucionais nos levou à reflexão sobre a coisa julgada nas ações constitucionais. Como vimos, é exatamente por conta da normatização constitucional fundamental e, principalmente por elas, que não se tem coisa julgada formal nas ações que resultam na declaração da constitucionalidade do

80 Só a título de exemplo e continuando no campo da constitucionalidade, é de se consignar que o controle incidental de ato normativo iniciado na primeira instância pode redundar, e geralmente é o que ocorre, em casos extremamente complexos quando de seu julgamento, em sede recursal, pelo STF. Em quase nada se perde, hoje, seja no campo processual, seja no âmbito da repercussão, para os casos de ações diretas de (in)constitucionalidade aduzidas naquela mesma corte.

81 Embora não tenhamos consignado expressamente acima esta conclusão, vale a ressalva lógica: o despeito do artigo 26 da Lei nº 9.868/1999 informar que não cabe ação rescisória nos julgados que resultarem na declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pelo Supremo, importa dizer que a questão só é interessante na segunda hipótese, já que na declaração de constitucionalidade o pedido pode ser renovado como referem a doutrina e o próprio Supremo.

Bruno Fernandes Dias *


1. Introdução

A objetivação da responsabilidade da Administração Pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, tem sido vista com naturalidade pelos operadores do direito brasileiro desde as primeiras lições de direito administrativo recebidas na faculdade. Nesse dispositivo, o constituinte não estabelece, em verdade, mais do que uma hipótese em que uma pessoa jurídica – no caso, de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos – responde por danos causados por seus agentes, pessoas físicas. O texto normativo, em si, adicciona poucas condicionantes a esse ideia geral, mas é amplamente debatida nos tribunais. As disputas já alcançaram o debate sobre a repercussão geral de controvérsias tratando da responsabilidade da administração em casos de morte de detento¹; e de prestadores de serviço público em relação a terceiros não-usuários do serviço². Em termos práticos a situação pouco se diferencia do regime previsto, há mais de um século, para as exploradoras do transporte ferroviário, por metonímia chamadas de “linhas de ferro” pelo Decreto nº

¹ Precedente do Estado do Rio de Janeiro

* Precedente do Estado do Rio de Janeiro

1 Brasil, Supremo Tribunal Federal, ARE 638467 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 20/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dte-195 DIVULGO 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012