

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*

Sumário - 1. Introdução; 2. O Constitucionalismo-Ilustração - Constituição Material como pressuposto de validade de outras normas; breves considerações históricas do caso brasileiro; 3. A Constituição e suas propriedades: pós-positivismo e neoconstitucionalismo; 4. Direitos Fundamentais, Ativismo Judicial e Pós-positivismo; 5. O ativismo judicial e a ascensão do judiciário; 6. A proteção da Constituição e seus mecanismos-ADIN e ADC: a coisa julgada nessas ações; 6.1. Da Ação Direta de Inconstitucionalidade; 6.2. Da Ação Direta de Constitucionalidade; 6.3. Argumentos sobre a possibilidade de flexibilização da coisa julgada na ADIN: meras considerações; 7. Considerações Finais; 8. Referências Bibliográficas.

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 exarado 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 do texto constitucional? Isto porque os baseamentos jurídicos e sociais da ocasião¹ podem refletir na atuação da corte

* Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro. Graduado pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Professor da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

¹ Não utilizamos no texto a expressão comezinha “de ocasião”, embora esta bem aponte a conveniência de certas decisões, 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 sinalização ética.

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, fere 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 inoportunas, 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, reavaliada sob aspectos que a consideram constitucional, de forma a reconhecer que o direito dela decorrente era legítimo?² 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 juridicidade 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 à mudança de paradigmas ou se apenas os absurdos afrontes poderão ser mutáveis ou mesmo apenas as declarações de constitucionalidade poderão ser revistas como se vem entendendo meridianamente. Observemos: não se trata, neste primeiro momento de nossa 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 neoconstitucionalistas, não se equipara às demais e deve ser observada com cautela.

O nosso segundo viés, 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,

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 da invalidade das normas inconstitucionais, conforme abaixo explicaremos, mas que não faz perder a excitação pelo debate do tema e as suas peculiaridades.

portanto, a coisa julgada relativizada ou invalidada, mormente nas ações declaratórias de inconstitucionalidade?

Até lá, não terá sido desnecessário expor o motivo de tanto cuidado com a supremacia constitucional e os mecanismos de proteção do texto constitucional. Assim é que se exporá também breve análise sobre a evolução da constituição como documento político normativo fundamental e a sua importância no cenário criador do Estado Democrático de Direito. Não se deixará também de se referir à ascensão do poder judiciário, mormente após a constituição de 1988 e o ativismo judicial que se ressalta, principalmente nas ações de cunho constitucional e julgadas pela corte suprema.

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 equivocada: 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.

Enfocaremos 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 estaria em busca do modismo 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 (Idade Média) 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 MONTESQUIEU em *O espírito das leis*. HAROLD BERMAN faz a seguinte sincronia, com base na História Universal:

³ No sentido do texto, informando sobre o momento histórico do liberalismo temos MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 30-31.

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 diriam 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 régias. Exercia o governo e também julgava. Funcionários burocratas como os magistrados eram meros delegatários 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 carrega 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 serviço 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 ansiava 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

⁴ BERMAN, Harold. *Direito e revolução*. Tradução: Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2004, p. 25.

⁵ MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 28. Usa-se no texto a expressão “ou quase tudo” pois, segundo entendemos e é bem lecionado por Jorge Miranda, a despeito da concentração das funções 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 acima referidos (magistrados, dentre outros), agiam, principalmente, por delegação. Esta era a estrutura jurídica do absolutismo.

⁷ ARANTES, Jorge. *Pequeno dicionário crítico: histórico, geográfico, econômico, político e social*. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

poder do Estado frente às liberdades públicas.⁸ 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.⁹

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 Colônia (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 soa 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 inaugurou o denominado período joanino e que culminou, anos após, com a declaração da Independência do Brasil.¹⁰

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.¹¹ 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 assemelhou-se, então, ao que depois restou por consagrar a tecnologia jurídica do controle de constitucionalidade, tão estudado no Direito Constitucional.¹²

⁸ 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 descrevem a transição, informando que no período final de funcionamento do Tribunal referido (o que remonta ao espaço de tempo imediatamente anterior a 1808, data de 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.

⁹ Polarizamos, então, o Tribunal implantado no Brasil em 1609 (Bahia), no auge do absolutismo, com o que foi implantado no Rio de Janeiro em 1751, funcionando até 1808, para contrastar que este último Tribunal já passou a ser influenciado, em vista do momento histórico, com os ideais liberais que culminaram nos movimentos constitucionais posteriores.

¹⁰ WEHLING, Arno; 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 da vinda da família real portuguesa, fundiu-se com a Casa da Suplicação.

¹¹ LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*, 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 113 e 218.

¹² WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José, *op. cit.*, p. 586. Já mencionamos que a Lei da Boa Razão, ainda sob a égide do absolutismo, conduzia ideais modernos. Os autores trazem o exemplo do magistrado Baltazar da Silva Lisboa que, no exercício das suas funções, utilizou a Lei da Boa Razão como pressuposto básico de validade do sistema, no que demonstra a justa surpresa com a espécie de controle

Interessante consignar que a metrópole de Portugal ainda não possuía a sua constituição (característica clara do absolutismo ainda reinante) e o Brasil, que se tornou independente em 1822, trataria de se adequar ao resto mundo e fazer a sua Carta Magna em 1824.¹³

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.¹⁴ Enquanto isso, os movimentos constitucionais ocorriam pelo mundo e a constituição americana surgiu ainda antes, em 1787. Não é mera coincidência que as constituições são 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 união das províncias antecede a independência. O pensamento constituinte deu o primeiro passo no sentido de sua concretização com a deputação de São Paulo representando ao Príncipe D. Pedro a necessidade de convocar uma junta de Procuradores Gerais ou representantes das províncias, “deputação brasílica”, com sede no Rio de Janeiro, tendo sido José Bonifácio um dos subscritores desse importante documento patriótico.¹⁵

JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO, o Marquês de São Vicente, por ocasião do Segundo Reinado, doutrinou sobre a Constituição Federal de 1824, publicando a obra *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*.¹⁶ 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 explanações, são definidos aqueles direitos como absolutos, inatos, primordiais ou pessoais do homem, acrescentando ainda as diversas espécies e direitos individuais elencados, tais como o de liberdade, propriedade, igualdade e segurança, além da liberdade do trabalho ou indústria.¹⁷ Interessante é o estudo desta doutrina no Brasil

de constitucionalidade encontrado. A nosso ver, a atuação do magistrado foi intuitiva, de modo a utilizar a Lei tão ovacionada como base para qualquer julgamento e atuando de forma a prevalecer sobre as demais e anteriores espécies normativas.

¹³ Aqui chamamos a atenção do leitor para o fato de a Constituição brasileira estar datada de 1824, sendo o Brasil um país que acabara de vir de uma condição colonial e com a sua independência recém-declarada. Portugal, por outro lado, governado pelo sistema absolutista, teve a sua Constituição elaborada em 1822, o que demonstra nitidamente que andamos bem e rápido na tecnologia jurídica exigida na época. Esta será a linha conclusiva de nosso trabalho.

¹⁴ Consulta sobre a primeira Constituição portuguesa. Disponível em: <<http://www.debates.parlamento.pt>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 31.

¹⁶ BUENO, José Antônio Pimenta. Marquês de São Vicente. In: KUGELMAS, Eduardo (Org.). *Direito Público e análise da Constituição do Império*. São Paulo: 34, 2002. (Coleção Formadores do Brasil), p. 289 e seguintes.

¹⁷ BUENO, José Antônio Pimenta, *op.cit.*, p. 470-471.

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 carrou 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 no passo 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 neoconstitucionalismo

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 amadureceu 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 ampliada frente de aplicabilidade. Foi nesta toada que surgiram as linhas de teorização que prestigiam 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 da inconstitucionalidade: “Uma relação de desconformidade, e não apenas de incompatibilidade, uma relação de desconformidade, 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

¹⁸ Vale a citação para reforço de todo o argumento central deste ensaio: “O Brasil, a partir da sua Independência Política de 1822, estará sob a influência de um Estado de Direito cuja referência externa está na Revolução Francesa de 1789 e que vem, à guisa de lá, assinalar, no País, o surgimento de um regime liberal e a passagem da condição individual e servil de súditos da Coroa Portuguesa, marca do nosso Colonialismo, para a de cidadãos do Império.” Conforme MARINS, Vicente. Aspectos jurídicos, educacionais da Constituição de 1824. Disponível em: <<http://www.ufsm.br>>. Acesso em: 24 jun. 2012.

¹⁹ MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, p. 438.

²⁰ Sentimento constitucional é inclusive o título de uma obra do grande autor Pablo Lucas Verdu que bem analisa as cláusulas constitucionais e suas respectivas densidades. Vide: Verdu, Pablo Lucas; *o sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*. Tradução Agassiz de Almeida filho. Rio de Janeiro: forense, 2004.

O confronto entre a norma infraconstitucional e a Constituição, longe do enfrentamento 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 fórmula 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 afeto a direito e garantia individual, ainda que fora do artigo 5º da CF. Assim, para ser imutável, esta é a categorização que se deve buscar: ser o caso de autêntica “garantia e direito individual”.

A legalidade tributária, por exemplo, encontra-se inculpada no artigo 150, I, da Constituição Federal.²³ Este instituto decorre da estrutura básica do Estado Democrático de Direito, garantia esta 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, ocasião 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, secreto, universal e periódico;
- 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; [...].

constitucionais individuais estavam suspensas, ainda assim se manteve íntegro o princípio da legalidade tributária. Conforme LUIS EDUARDO SCHOUERI, “mesmo em regimes ditatoriais, a matéria tributária foi excepcionada, preservando-se o princípio de que a cobrança de um tributo é condicionada à concordância prévia dos contribuintes, diretamente ou por seus representantes”²⁴

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 CF²⁵ dirige-se tanto ao Estado quanto a qualquer outro cidadão ou grupo. Neste fluxo, não só se proíbe que o Estado, enquanto poder público, diferencie 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 tão 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.²⁶

Os direitos fundamentais, enquanto adotando esta terminologia, possuem origem francesa. Melhor que se consignem 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. Na base desses direitos está a ideia de segurança e de autonomia individual em face do Estado.”²⁷

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.

²⁴ SCHOUERI; Luis Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 268.

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 senão em virtude de lei;

²⁶ Não se tratará aqui das dimensões dos direitos fundamentais e a sua evolução desde a Revolução Francesa, mas recomenda-se a leitura desta parte em PEIXINHO, Manoel Messias. *As teorias e os métodos da interpretação aplicados aos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 24 usque p. 29.

²⁷ PEIXINHO, Manoel Messias, *op. cit.*, p. 26.

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 judicial.²⁸

Hoje, há clara preponderância de princípios que são constitucionais e que se ligam ao Direito Natural, constituindo-se cláusulas verdadeiramente humanas e éticas (valor moral), entabulando claros pressupostos 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 aprovada 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.²⁹

Isto porque não se pode olvidar que o chamado núcleo básico constitucional carregue as ditas cláusulas abertas³⁰ 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 núcleos de cidadania e ativo na interferência dos rumos políticos e governamentais. 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 explanação, GISELE CITATINO afirma 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 engessamento do positivismo outrora proposto já apresentar a sua falha.³¹ Esta argumentação já é suficiente para demonstrar que as particularidades oriundas 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 equívoco, já que ganham esta denominação as teorias pós-kelsenianas que visaram à reformulação do positivismo e apontaram a sua ineficiência. Citando Antônio Cavalcanti Maia, aduz que o pós-positivismo foi resultado de uma transformação clara da metodologia constitucional e da teoria do Direito. Trata-se de uma nova hermenêutica constitucional, o que seria, também, por óbvio, neoconstitucionalismo, conforme os europeus. Conforme PEIXINHO, Manoel Messias, *op. cit.*, p. 46-47. O ativismo judicial será objeto de classificação posterior.

²⁹ Neste sentido, sobre o influxo da moral no Direito, vide MAIA, Antônio Cavalcante. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *Mundo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 18 mar. 2012. Adiante retornaremos ao tema.

³⁰ As expressões que ora se cunham como “texturas abertas”, “cláusulas abertas”, dentre outras, são do uso corrente da doutrina norte-americana. Entre nós, utilizando a expressão que vai no nosso texto, temos BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 386

³¹ CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 1.

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 determinarão 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 deslinde.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 seara 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 eficiência 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 inalcançáveis 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:

³² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 36.

³³ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 127. No Brasil poderíamos citar como um dos casos difíceis o julgamento da questão que ficou conhecida como “Raposa Terra do Sol”, relativa à demarcação de terras indígenas em oposição aos denominados “arrozeiros”, produtores de arroz e o caso da “ficha limpa”, relativo à elegibilidade de candidatos já condenados pela Justiça em órgão colegiado.

³⁴ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, p. 39.

³⁵ SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 148. .

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 sistemática, 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 o 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 fizemos 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 caminharam 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,

³⁶ Falaremos mais adiante sobre esta questão também.

paradigma material denso. Assim começa a ascensão judiciária e o ativismo judicial. Segundo o grande constitucionalista carioca LUIS 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 vigora a centralidade da constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.³⁷

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 judiciária e a instância política de poder. Não se nega que, nesta nova ordem jurídica, aos tribunais é concedida grande parcela do poder político. A questão, que não faz parte do nosso trabalho, é saber até onde não há ferimento ao princípio da separação dos poderes, ou seja, até onde a judicialização não compromete o Estado Democrático de Direito³⁸. Casos emblemáticos denotam esta judicialização, como no caso da demarcação das terras indígenas, a utilização de células-tronco para pesquisas biomédicas e a união homoafetiva³⁹.

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 judicialização, portanto, em ações cujo objeto veicula assuntos de grande monta social, tem se valido das famosas cláusulas abertas do texto constitucional para buscar e fundamentar decisões de cunho ativo.

O ativismo judicial 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 judicial é a mola precursora que confere a maior efetivação possível a direitos, mormente os constitucionais. O ativismo judicial é bem explicado por BARROSO:

O ativismo judicial 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 judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins

³⁷ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 365.

³⁸ Sobre este assunto vide BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 368.

³⁹ Estes exemplos, dentre outros, também são utilizados por BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 368.

constitucionais com maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes. Em algumas situações sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.⁴⁰

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.⁴¹ 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” judiciária. 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 este grau de legitimidade (voto popular), principalmente os de primeira instância, como não possuem apoio e conhecimento técnico suficiente.⁴² 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 retornar 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 paralisar 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 constitucional⁴³, e a despeito de qualquer lesão individual que desafie à ação correlata, o Ministério Público, na defesa dos direitos conhecidos como 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 administrativo⁴⁴, 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 neoconstitucionais ou mesmo pós-positivistas estão no caminho da

⁴⁰ *Idem*, p. 370.

⁴¹ *Idem*, p. 371.

⁴² Esta questão da legitimidade que decorre do voto não passa despercebida por BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 373.

⁴³ Constituição Federal: Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O instrumento, na maioria das vezes, é a ação civil pública.

⁴⁴ Vide os casos clássicos de anulação do ato administrativo em CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 152 e seguintes.

modernidade da aplicação máxima do texto político. Claro então que a ninguém é dado vilipendiar, ainda que com base na formalidade expressa e indicada na lei, qualquer direito fundamental com resultados fora do razoável. Veja-se, esta é 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, com base na aplicação fria da lei, atingir resultados distorcidos. Talvez as argumentações judicializantes pós-positivistas possam mesmo ser encaradas como direito de proteção das próprias minorias face o esmagamento iminente pelo populismo demagogo dos eleitos 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 minoritários⁴⁵ Em sua concepção, o próprio STF assume a função contramajoritária para, como final de linha no processo decisório brasileiro, defender o direito das minorias

Torna-se muito fácil, na égide do positivismo kelseniano, agir da forma que a lei determina, obtendo efeitos que aquela obviamente não pretendeu.⁴⁶ 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 e sem a alma, esta de conceito puramente metafísico.⁴⁷

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.⁴⁸ A interpretação de qualquer dispositivo, então, buscando-se o verdadeiro sentido e comando exarado no que chamamos de norma deve ser coadunado, sempre com os princípios constitucionais. Os princípios constitucionais devem compor a ação interpretativa de qualquer lei.

Claro que a pergunta subliminar 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 encontrarão resultado imediato na

⁴⁵ INFORMATIVO Nº 635 TÍTULO União Estável Homoafetiva - Legitimidade Constitucional - Afeto como Valor Jurídico - Direito à Busca da Felicidade - Função Contramajoritária do STF (Transcrições) RE 477554- Recurso Extraordinário (Processo físico)

⁴⁶ Esta crítica ao “cumprimento” dissimulado da lei é do conhecimento corrente no meio acadêmico e forense propriamente dito, no que deixamos de citar a fonte. É dizer: fazer o que a lei manda obtendo resultados que ela não quer, nem jamais pretendeu.

⁴⁷ Referimo-nos ao corpo humano e admitimos aqui como verdadeiro o fato de que a cada corpo existe uma alma correspondente.

⁴⁸ 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. E isto não se nega como resultado de um simples trabalho de inteligência interpretativa – eis a norma, eis a alma. Defendemos então que os direitos fundamentais e os princípios por eles carregados servem de alma para aplicação de qualquer lei. Daí dizermos 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.

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 desculpa do uso dos princípios, julgar o caso fora daquilo 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 casuística.

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 politicamente e, em tese, mais experientes.⁴⁹ Já caso no das instâncias superiores onde não será mais possível a interposição e manejo de recursos e os juízes são nomeados por aquele que detém legitimidade popular (o presidente da República – sem se esquecer da chancela do Senado), caberá tão só a reprovação 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 convincente 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.”⁵⁰

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 considerada 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

⁴⁹ Assim nos parece concluir MAIA, Antônio Cavalcante, *op. cit.*

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Direito e democracia*. FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Jürgen Habermas, 80 anos*. Tradução: Geraldo de Carvalho; Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 121.

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 ainda ações das mais diversas e com prejudiciais controvertidas que criam expectativas e precedentes para os próximos julgamentos, não só do STF, mas também por todo o Judiciário nacional.⁵¹ A questão intensifica importância, se considerada ainda a hipótese da súmula vinculante trazida pela Emenda Constitucional nº 45.⁵² 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, em desacordo com as normas e preceitos constitucionais.⁵³ 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 nominado 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 1920.⁵⁴

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.⁵⁵

⁵¹ O que se traduz espécie de normatização na maioria das vezes amparada por preceitos constitucionais.

⁵² Ressalte-se que nestes casos não se têm, na maioria das vezes, ações originadas no STF. O caso pode tratar de simples julgamento de recurso extraordinário para apurar matéria constitucional que fundamenta singelo pedido veiculado em ação ajuizada perante qualquer juízo singular instalado em qualquer comarca no Brasil. Entretanto, interessante e honesto é consignar que estas hipóteses podem trazer um verdadeiro “caso difícil”.

⁵³ 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 da constituição”.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 41.

⁵⁵ *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 ordenamento jurídico.⁵⁶

O ato nulo não produz efeitos. Daí, a lei inconstitucional ser assim declarada de forma retroativa. Esta era, enfim, a doutrina tradicional. De outro lado, embora tenhamos afirmado e reafirmamos agora que a ação direta de inconstitucionalidade seja processo objetivo no qual não se discutem questões subjetivas, ressaltamos que, fora do cenário processual, esta lei pode ter causado ou estar causando modificações no mundo dos fatos que não poderão ser desprezadas pela Suprema Corte. Foi neste aspecto que a jurisprudência do Supremo vinha se inclinando de forma a, atento às mudanças causadas pela lei, direcionar temporalmente 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.⁵⁷

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 determinado caso concreto 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 eivadas de 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 da simples e velha máxima civil dos efeitos retroativos e de que as partes voltam ao estado em que antes se encontravam.⁵⁸ A questão veiculada no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 é, então, de segurança jurídica.⁵⁹

Chegamos, enfim, à coisa julgada na ADIN.

O momento é interessante porque já se viu, 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). Reconheceu-se, então, que a boa-fé e a dignidade de terceiros não podem sofrer revés abrupto. 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

⁵⁶ *Ibidem*, p. 38-39.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p. 236.

⁵⁸ Código Civil Brasileiro: Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

⁵⁹ 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.

externos ao processo originário.⁶⁰ 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 9868/99.⁶¹

Chegamos então ao ponto. Esta coisa julgada é peremptória como se recomenda tradicionalmente e conforme determina expressamente a lei 9868/99 em seu artigo 26?

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 n° 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 ADI julgada improcedente equivale a uma ADC e uma ADC julgada procedente equivale a uma ADI.⁶² A questão que se ressalta, então, e que mais nos interessa passa 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.⁶³ Assim se age por questões várias é que referem tanto ao amadurecimento da interpretação das normas constitucionais, o que pode levar ao reconhecimento da inconstitucionalidade ou mesmo à superveniência de nova norma

⁶⁰ Sobre a coisa julgada formal e material, em tópico específico e em visão que é majoritária, vide: Theodoro Júnior, Humberto; *curso de direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I. 54ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 572.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1078 e 1079. Sobre a impossibilidade de ação rescisória nas ações diretas de (in)constitucionalidade vide Lei n° 9.868/1999, artigo 26, *verbis*. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 1178. No mesmo sentido, vide BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012, p. 267.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 269.

que venha a integrar a constituição (emenda) e que torne a lei antes considerada constitucional agora contrária ao ordenamento.⁶⁴

Sobre a mudança evolutiva da interpretação constitucional temos a clara intervenção de GILMAR MENDES que afirma: “*Considera-se igualmente que a lei editada em compatibilidade com a ordem constitucional pode vir a tornar-se com ela incompatível em virtude de mudanças ocorridas nas relações fáticas ou na interpretação constitucional.*”⁶⁵

Fora a questão da emenda constitucional, o amadurecimento constitucional nada mais é do que a aplicação de toda a teoria que se expôs na primeira parte deste ensaio. A nossa Constituição data de 1988 e é reconhecidamente densa no que tange a valores éticos expressados de forma a ganhar contorno jurídico. Aliás, este foi o grande viés de nossa Constituição atual: informar sempre os valores que ela adota e quer ver preponderados. São, pois, os seus fundamentos básicos. Verdadeiros pilares. Estes pilares são padrões cuja interpretação evolui e vem evoluindo sempre, até que se alcance determinado grau de amadurecimento constitucional e relativa estabilidade, mas nunca a inércia. São cláusulas abertas!

Justificamos aqui, desde já, que na observação da teoria da coisa julgada aplicada à ADC, traz-se a colação a questão do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo. Assim o é porque uma lei pode, em determinado julgamento, ser considerada constitucional para, depois, ser a sua existência, ou melhor, validade, totalmente incompatível com determinada norma constitucional interpretada mais evolutivamente. A lei, por exemplo, pode não mais atender ao princípio da dignidade da pessoa humana e a sua mais moderna aplicação.

Imaginemos uma lei federal hipotética “A” que, no ano de 1989, considerasse expressamente ilegal a adoção de crianças por casais de homossexuais. Alguma ADC, após a sua introdução pela Emenda Constitucional n° 3 poderia considerá-la constitucional, inclusive sob o argumento de que este tipo de adoção poderia ferir a dignidade e integridade moral do menor, que teria direito a uma família em moldes “regulares” *sic*.

Evidente que a coisa julgada nesta ADC, hoje, estaria fulminada pelo entendimento diametralmente oposto e acertado, a nosso ver. A questão é resultado de amadurecimento constitucional.

Assim, a coisa julgada em uma ADC é meramente formal e poderá ser revista.

⁶⁴ Não só BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 269, que reconhece esta relevante questão, como também MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 1065/1073 a mencionam ao tratar da inconstitucionalidade originária e superveniente e especificamente das “inconstitucionalidades e mudança nas relações fáticas ou jurídicas”. No caso de emendas constitucionais que ocasionam a inconstitucionalidade superveniente de uma lei em vigência em face do novo texto constitucional integralizado pela emenda, Gilmar Mendes, na mesma parte da obra mencionada, mais especificamente na p. 1065, refere que há controvérsia de ser o caso de verdadeira inconstitucionalidade ou questão que se resolve pela teoria do direito intertemporal, conclui que ficava prestigiada esta última proposta, elidindo-se assim a propositura de ADIN. Ocorre que o mesmo autor cita a ADI 3833 que, tendo por objeto a impugnação de decreto legislativo em face da emenda constitucional 41/2003 recebeu tratamento positivo do supremo quanto à análise da constitucionalidade. Porém, como ressalta o autor, a questão perde a relevância com o advento da lei 9882/99 que regulamentou o procedimento da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), que se presta de exato e adequado instrumento para a questão.

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *op. cit.*, p. 1066.

6.3. Argumentos sobre a possibilidade de flexibilização da coisa julgada na ADIN: mera 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 *questio* proposta é relativa à imutabilidade 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 cláusulas constitucionais abertas na ocasião do julgamento? Exemplifiquemos. Será que determinada lei que concede benefício tributário e 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?

Fora de 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 judicial 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 judicial 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 a total desestrutura da organização dos poderes. O STF não poderá agir positivamente (ativamente) 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 envolve 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 ministro⁶⁶ 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 rescisória em julgamentos de qualquer ação de (in)constitucionalidade.

⁶⁶ Aqui inclui-se qualquer causa, inclusive a pressão política governamental ou nomeação direcionada e antes do julgamento.

Tem-se então um impasse. Uma lei pode ter sido julgada inconstitucional por decisão integralizada por voto emanado de juiz (ministro) suspeito, impedido etc. De outro lado, nestes casos, por disposição expressa de lei, estará impedida a propositura de ação rescisória – referimo-nos ao citado artigo 26 da Lei 9868/99.⁶⁷ Será justo este estado de coisas?

Utilizaremos, então, dos argumentos tanto aqui dissertados para tentar justificar o nosso posicionamento.

Entender que um julgamento viciado que declarou inconstitucional determinada lei pode prevalecer por imposição de mero dispositivo legal nos parece indigno e, portanto, contrário a preceitos constitucionais. Imaginemos que um grupo de pessoas tenha perdido determinado direito em virtude de pressão governamental sobre ministro que votou de forma a aderir aos anseios do Ministério da Fazenda. No nosso exemplo e de forma a torná-lo bastante acadêmico, temos ainda que o voto referido foi decisivo (voto de desempate) e que, também, fora emanado de ministro sorteado como relator e que ditou a tendência dos que o acompanharam. Posteriormente, também de forma hipotética, o referido ministro, já aposentado e um ano após o julgado, é alvo de investigação que acaba por revelar em escuta telefônica todo o esforço do esquema para julgar determinada lei inconstitucional. Como, então, atender aos anseios dos cidadãos prejudicados?

Não há outra saída, a nosso ver, senão entender que o artigo 26 da Lei nº 9.868/1999, que veda a propositura da ação rescisória, deve ser reinterpretado conforme a Constituição de forma a atender aos ditames da razoabilidade e proporcionalidade. Nesta linha de raciocínio, não é de ser admitida, em regra, ação rescisória por qualquer dos outros vulgares motivos do artigo 485 do CPC, senão o que se refere à suspeição e parcialidade do julgador⁶⁸.

Assim, de todos os incisos do artigo 485 do CPC, apenas o I e o II serviriam de base para o nosso entendimento e sustentação.⁶⁹

É preciso que o voto do julgador tenha sido determinante, é claro, como costuma ser nos julgados por colegiados. Também é preciso haver prova da fraude de forma a enquadrá-la no inciso I ou II do artigo 485 do CPC.

Entendemos também que este sistema estaria submetido aos dois anos previstos como prazo para o ajuizamento da ação rescisória, os quais passados, só a edição de uma nova lei poderia sanar a injustiça. Neste caso, é de se entender que o artigo 26 da Lei nº 9.868/1999 deve ser interpretado democraticamente e de forma a não gerar a perpetuidade da situação injusta, se coadunando, portanto, com a Constituição e seus princípios, de modo a possibilitar o ajuizamento da ação rescisória quando uma lei, declarada inconstitucional e que veiculava direitos legítimos, o foi assim classificada por fraude.

Ressalte-se que a decisão do Supremo Tribunal fora inconstitucional no

⁶⁷ Lei nº 9.868/1999 - Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

⁶⁸ Conforme os incisos mencionados, a sentença de mérito poderá ser rescindida se for verificada prevaricação, concussão ou corrupção do juiz e quando proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

⁶⁹ Sobre a ação rescisória, sua mecânica e requisitos objetivos de manejo vide Theodoro Júnior, Humberto, op. Cit. p. 761.

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 fraudulento.

7. Considerações Finais

Conforme foi explanado, partimos do ideal de Estado, sociedade e a necessidade de uma constituição. Não deixamos de demonstrar, tecnicamente, o desenvolvimento do Direito Constitucional como platô 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 apenas 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 os nossos documentos mais caros de organização social e política, embora a última seja a que maior 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 judicial ao qual nos referimos.

Dá, 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 estes instrumentos (ADIN e ADC) os que, em determinada análise, mais contribuem para ampliar a ascensão do Judiciário, além de interferirem, por sua própria natureza, na esfera de atuação dos outros poderes.

Estas ações, de outro lado, são exemplos clássicos, embora não únicos⁷⁰, 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 de

ato normativo (ADC).

O contrário se sucede nas declarações de inconstitucionalidade por pura e direta aplicação da teoria da invalidade, o que se soma a evidente reverência a segurança jurídica.

Por fim, entendemos que, a despeito do impedimento expresso no artigo 26 da Lei nº 9.868/1999, é de se admitir ação rescisória nos julgados que resultarem em declaração de inconstitucionalidade quando houver comprovada fraude no julgamento pelo Supremo.⁷¹

O nosso argumento para reinterpretação do artigo 26 da Lei nº 9.868/1999, chegando-se mesmo a negar a sua vigência em parte, é extrema e exatamente baseado nas propostas pós-positivistas da obra constitucional. Assim, o ciclo expositivo deste artigo, concebido para demonstrar a força das teorias que envolvem a moderna aplicação da constituição abre uma ampla perspectiva para novas discussões a respeito da matéria que, como se denota, apresenta um potencial imenso para estudos interpretativos.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Direito e democracia. FRANKENBERG, Günter; MOREIRA, Luiz (Orgs.). Jürgen Habermas, 80 anos. Tradução: Geraldo de Carvalho; Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARANTES, Jorge. *Pequeno dicionário crítico*: histórico, geográfico, econômico, político e social. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

BERMAN, Harold. *Direito e revolução*. Tradução: Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2004.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BUENO, José Antônio Pimenta. Marquês de São Vicente. In: KUGELMAS, Eduardo (Org.). *Direito Público e análise da Constituição do Império*. São Paulo: 34, 2002. (Coleção Formadores do Brasil).

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

⁷¹ Embora não tenhamos consignado expressamente acima esta conclusão, vale a ressalva lógica: a despeito do artigo 26 da Lei nº 9.868/1999 informar que não cabe ação rescisória, seja 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.

CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; curso de direito processual civil e processo de conhecimento. *Vol.I*. 54ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

MAIA, Antônio Cavalcante. *As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. *Mundo jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

MARINS, Vicente. Aspectos jurídicos, educacionais da Constituição de 1824. Disponível em: <<http://www.ufsm.br>>. Acesso em: 24 jun. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PORTUGAL. Primeira Constituição Portuguesa. Disponível em: <<http://www.debates.parlamento.pt>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

PEIXINHO, Manoel Messias. *As teorias e os métodos da interpretação aplicados aos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHOUERI; Luis Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SGARBI, Adrian. *Clássicos da Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

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.

VERDU, Pablo Lucas; *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*. Tradução Agassiz de Almeida filho. Rio de Janeiro: forense, 2004.

RESPONSABILIDADE DE PESSOAS JURÍDICAS E FÍSICAS EM MATÉRIA DE CORRUPÇÃO: O REGIME JURÍDICO DA LEI Nº 12.846/2013

Bruno Fernandes Dias *

Sumário - 1. Introdução. 2. Instrumentos internacionais e estrangeiros de combate à corrupção. 3. A responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas. 4. A responsabilidade individual de pessoas físicas envolvidas em atos de corrupção. 5. A responsabilidade do gestor público. 6. Reflexões críticas sobre a Lei nº 12.846/13. 7. Conclusões. 8. Referências Bibliográficas.

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, adiciona poucas condicionantes a essa 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 prestadoras 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

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro

* Revista e adaptada, a versão original deste texto foi apresentada e aprovada pela Comissão Temática de Direito Administrativo do XL Congresso Nacional de Procuradores do Estado e do Distrito Federal, realizado em João Pessoa, PB, em setembro de 2014. Sua versão original foi publicada, em janeiro de 2015, pela Revista Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 167, p. 20-35.

Em Março de 2015, o governo federal editou o Decreto nº 8.420, regulamentando a Lei; e a Controladoria-Geral da União fez publicar a duas relevantes Portarias: a de nº 909, de 07 de abril de 2015, que traz parâmetros para avaliação do programa de *compliance*, bem como a de nº 910, de 07 de abril de 2015, que define procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa e para a celebração de acordos de leniência. Tais diplomas especificam elementos importantes acerca da responsabilidade discutida neste artigo e merecerão, em ocasião futura, um estudo separado.

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

² Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE 591874 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 23/10/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-20 PP-04109