

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO

EMERSON SIPAUBA PIEROTE

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
DAS LEIS MUNICIPAIS**

Fortaleza
Julho/2007

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS

EMERSON SIPAUBA PIEROTE

Professor Orientador: Marcos José Nogueira de Sousa Filho

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Marcos José Nogueira de Sousa Filho.

Fortaleza /2007

Esta Monografia foi submetida à Coordenação do curso de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel em Direito, outorgado pela Universidade Federal do Ceará e que se encontra à disposição dos interessados na Biblioteca da referida Faculdade.

A citação de qualquer trecho desta monografia é permitida desde que seja feita de conformidade com as normas da ética científica.

Emerson Sipaubá Pierote

Professor Orientador: Marcos José Nogueira de Sousa Filho

Bel. José Tarcísio Nogueira de Paula

Prof.: Danilo Santos Ferraz - UFC

Monografia apresentada em: ____/____/____

Dedico à minha mãe, pelo simples fato
de ser mãe.

Agradeço aos professores Marcos Filho e Danilo Ferraz, pela colaboração que nos foi despendida na realização dessa monografia.

Ao amigo Samuel Seraloc, exemplo de dedicação.

Ao amigo Tarcísio, pilastra maior da Faculdade de Direito.

“Propendemos a acreditar pouco nas improvisações essencialmente pragmáticas. No momento em que o homem, em nome da pressa, atrever-se à subestimação da teoria científica, teremos fortes motivos para a desesperança em seu futuro. Não que se predique a idolatria da cientificidade, mas que não se apregoe, numa postura contrária, a desmesurada confiança na aleatoriedade que sói acompanhar as atividades de certos arautos da criatividade pouco responsável ou do pragmatismo sem alicerces.”

Raimundo Bezerra Falcão

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.....	12
2 CONTROLE EXERCIDO POR ÓRGÃO JURISDICIONAL.....	13
3 CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	19
3.1.1 Apresentação do tema	19
3.1.2 Constituição e suas acepções.....	19
3.1.3 Acepção sociológica.....	20
3.1.4 Acepção política.....	21
3.1.5 Acepção jurídica.....	22
3.2 Compreensão dos direitos fundamentais.....	23
3.2.1 Conceituação.....	23
3.2.2 Características.....	24
3.2.3 Classificação.....	25
3.2.4 Direitos Fundamentais na Constituição Federal brasileira.....	25
3.2.5 Direitos fundamentais de liberdade, igualdade e fraternidade.....	26
3.3 Norma Constitucional de Direito Fundamental.....	27
4 DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	29
4.1 Da hermenêutica jurídica clássica à nova hermenêutica constitucional.....	29
4.1.1 Interpretação confunde-se com hermenêutica?.....	29
4.1.2 Origens históricas da nova hermenêutica constitucional.....	31
4.2 Regras e princípios.....	33
4.2.1 Os princípios e interpretação especificamente Constitucional.....	35
4.2.3 Princípio do efeito integrador.....	37
4.2.4 Princípio da máxima efetividade.....	37
4.2.5 Princípio da força normativa da Constituição.....	38
4.2.6 Princípio da repartição ou conformidade funcional.....	38
4.2.7 Princípio da Interpretação conforme a Constituição.....;	39
4.2.8 Princípio da harmozinação prática.....	42
5 CONTROLE DAS LEIS E DOS ATOS NORMATIVOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.....	43
6 CONTROLE DAS LEIS E DOS ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	48
CONCLUSÃO.....	53
BIBLIOGRAFIA	54

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 não autorizou o controle concentrado de constitucionalidade das leis municipais a afrontem seus dispositivos. Mesmo assim, o ordenamento jurídico brasileiro não está desprovido de remédios para expulsar tais inconstitucionalidades, já que o sistema nacional de controle de constitucionalidade pressupõe a rigidez constitucional, e se fundamenta primordialmente, no princípio da supremacia da Constituição.

Palavras-chaves: Controle, Constitucionalidade, Constituição.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 didn't authorize the concentrated judicial review of the municipal laws that eventually confront its devices. Even the Brazilian juridical system is not lacking medicines to expel such problems, since the national system of judicial review presupposes the constitutional rigidity, and it is based, firstly, at the Constitution supremacy principle.

Key-words: Constitution, Control, Constitutionality.

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade das leis é um tema a ser estudado por toda a comunidade jurídica, porquanto a Constituição é o ponto de onde dimanam todas as demais normas que devem buscar o seu fundamento de validade na Lei Maior que rege o ordenamento jurídico.

O estudo do controle de constitucionalidade das leis é direcionado para entendimento de como deve funcionar o método de expulsão da Lei ou ato normativo que a viola a Constituição Federal.

Sem controle de constitucionalidade, a supremacia constitucional estaria fadada ao fracasso. A norma infraconstitucional não encontra empecilho para revogar a norma Constitucional. E a estabilidade do ordenamento jurídico malferido permaneceria dentro do sistema

A única forma encontrada pelos homens para a manutenção da estabilidade da supremacia constitucional foi a criação do sistema de controle de constitucionalidade. Assim, iremos tentar conservar a supremacia Constitucional e buscar a manutenção da paz social garantindo a existência dos direitos fundamentais.

1 SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Sobre a supremacia constitucional vejamos o que dizem os juristas Ximenes Rocha e Veloso: *as Constituições sejam rígidas ou flexíveis, escrito ou costumeiro são dotado de superioridade sobre as demais normas jurídicas de determinado país. É que a Constituição é a norma fundamental de que fala Kelsen*¹.

*A Constituição, rainha das leis, situada no topo da pirâmide jurídica, fonte primária de todos os direitos, deveres e garantias, é que confere o fundamento de validade das leis e atos normativos, no sistema lógico de normas que forma a ordem jurídica*².

Para a existência da supremacia constitucional, a Constituição deve estar num patamar superior a todos as demais normas. É dessa supremacia constitucional que deriva a validade de todas as outras normas do ordenamento jurídico.

É, na verdade, da rigidez da Constituição que emerge, em toda a sua plenitude, o princípio da superioridade da Carta Constitucional sobre as demais normas de mesmo ordenamento jurídico.

Para manutenção do princípio da superioridade da Carta Constitucional, faz-se necessário um sistema de controle de constitucionalidade das leis.

Dessa forma, nós teremos um sistema dotado de regras de expulsão de normas que contrariem a Lei maior.

¹ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais. São Paulo: Atlas, 2001, p.21.

² VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.17.

2 CONTROLE EXERCIDO POR ÓRGÃO JURISDICIONAL

O eminente jurista Ximenes Rocha (2001), fala com muita propriedade sobre o controle exercido por órgão jurisdicional:

O exercício do Controle de Constitucionalidade por órgão jurisdicional é o que tem predominado na grande maioria dos sistemas Constitucionais. Não obstante as críticas que se possa fazer a esse tipo de controle, como a alegação de que estaria o juiz ou tribunal exercendo uma atividade eminentemente política e a de que o órgão jurisdicional, ao exercer o Controle de Constitucionalidade dos atos do Executivo e do Legislativo, estaria tutelando o próprio Estado, ou ferindo o princípio da separação dos poderes, a nós quer parecer, como já dissemos, que esse sistema é o que mais se coaduna com a natureza das Constituições rígidas e com os princípios do Estado democrático de direito.³

A doutrina aponta como a grande problemática para o controle exercido por órgão jurisdicional, o princípio da separação dos poderes. Com efeito, torna-se complicado num sistema que procura preservar a independência dos poderes, um poder sofrer ingerência de outro poder. Mas, o controle exercido por órgão jurisdicional é que se encontra mais compatível com o atual Estado de Direito, pois o Poder Judiciário é cercado de suas garantias constitucionais e é um órgão nascido para apaziguar os conflitos existentes dentro do Estado.

Novamente arremata com a clarividência que lhe é peculiar, Ximenes Rocha:

A concretude da defesa e garantia da Constituição, que se quer como complemento e fortalecimento do Estado Constitucional Democrático, é tarefa a ser confiada a órgãos jurisdicionais, pois só assim se pode falar num verdadeiro e próprio controle de constitucionalidade.⁴

³ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais. São Paulo: Atlas, 2001, p. 49.

⁴ Ibid. (p. 50)

Conforme ensinamento de Poletti, (2000), *o Judiciário, pela natureza de suas funções, é o poder que menor perigo causa aos direitos políticos previstos na Constituição, porque será o último na capacidade de feri-los ou violá-los.*⁵

A função maior do Poder Judiciário é buscar a paz social. Por isso, apresenta-se como o poder mais apto a exercer o controle da ordem democrática de direito.

1. Controle por via de exceção.

O chamado controle difuso ou por via de exceção ocorre quando, no curso de uma demanda judicial, uma das partes argúi em defesa de sua causa a inconstitucionalidade da lei que está passível de ser aplicada a parte dentro da demanda.

Transcrevo a lição do jurista Ximenes Rocha (2001, p. 50) sobre Controle por via de exceção:

Essa forma de Controle pode ser exercida, como se disse, por qualquer órgão do judiciário. Quando alegado a inconstitucionalidade de ato Normativo perante um órgão de tribunal, que não seja o pleno nem o órgão especial, se for o caso, deduzindo esse ser precedente a alegação, após ouvido o Ministério Público (art.480 do CPC), deverá a Câmara ou turma sustar o processo e sustentar a questão incidental da inconstitucionalidade ao plenário ou órgão especial da Corte, se houver, para liquidar o Controvérsia em face do disposto no art. 97 da Constituição Federal, que exige maioria absoluta dos membros do tribunal ou do órgão especial para a decretação da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.⁶

E, nesse caso, nós temos o controle por via de exceção exercido por um órgão Colegiado.

O Controle por via de exceção ou difuso tem origens nos Estados Unidos da América do Norte, no famoso caso Marbury versus Madison, cuja sentença foi decretada pelo juiz John Marshall.

De acordo com Veloso (2000),

⁵ POLETTI Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das Leis. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 26.

⁶ROCHA, 2001 Op. Cit. p. 53.

Interpretando e desenvolvendo os princípios da Carta de 1787, Marshall, na sentença fecunda e histórica de 1803, ficou os fundamentos da judicial Control, firmando-se sem entendimento na Suprema Corte. Os pontos Capitais do raciocínio do grande juiz, apesar do longo tempo transcorrido, são absolutamente pertinentes e atuais.⁷

No seu célebre aresto, Marshall consignou:

Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir que a legislatura para alterar a Constituição por medidas ordinárias. Não há por onde se contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável mediante processos comuns, ou se nivela com os atos da legislação usual, e, como estes, é reformável à vontade da legislatura. Se a primeira é verdadeira, então o ato legislativo contrário à Constituição não será lei. Se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são esforços inúteis do povo para limitar um poder pela sua própria natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado constituições escritas, sempre o fizeram no objetivo de determinar a lei fundamental e suprema da nação; e consequentemente, a teoria de tais governos deve ser a da nulidade de qualquer ato da legislativa ofensiva da Constituição. Esta doutrina essencialmente ligada às Constituições escritas, e, assim, deve-se observar como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade.⁸

Interessante observar que o modelo americano de Controle de Constitucionalidade por via de exceção possui um princípio chamado *Stare decisis* que funciona com afeito vinculante da sentença da Suprema Corte, pelo que, esta define como órgão de cúpula do Poder Judiciário, as questões Constitucionais submetidas ao seu crivo.

A doutrina aponta a inconveniente do Controle difuso como sendo um controle que abre a possibilidade de juízes entenderem de forma diferente a validade de uma lei, e, assim, ser aplicada a uns casos e não a outros. Gerando a insegurança jurídica enquanto o tribunal superior competente não tome a decisão final dizendo qual a validade da Lei a ser observada.

Quanto ao método, tem-se a interessante lição de Ximenes Rocha:

⁷ VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.p.37.

⁸ Idem. p. 38

De fato, a objeção que se faz ao método difuso e exatamente essa, mormente nos sistemas jurídicos de derivação romanística, em que não existe o princípio do *Stare decisis*, típico dos sistemas de *Common law* o que enseja a uma mesma lei não ser aplicada a um caso concreto, porque julgada inconstitucional por determinado juiz, enquanto poderia sê-la em outra situação semelhante, por não haver sido considerada contrária à Constituição por outro órgão judicial.⁹

Mesmo diante dessa problemática o controle por via de exceção é o sistema que tem prevalecido para garantir a estabilidade do ordenamento jurídico, pois é o meio mais viável ao cidadão de se defender contra leis eivadas de inconstitucionalidade que exsurtem de diversos órgãos produtores de normas.

2- Controle por via de ação.

O nosso controle por via de ação é exercido mediante ação direta e tem por escopo a norma *in abstracto*.

Conforme a lição de Dantas: (1996)

Para tanto, no plano do Direito Positivo, os textos Constitucionais, passaram a consagrar princípios de técnica legislativa com a finalidade de fazer valer a superioridade de suas normas frente às demais e aos atos administrativos, através dos procedimentos denominados de Guarda da Constituição.¹⁰

A estabilidade da supremacia Constitucional tem como um de seus alicerces a ação direta de inconstitucionalidade que tem em mira a norma *in abstracto*, para ser expulsa do sistema jurídico se contrariar a carta maior.

É necessário tratarmos da natureza dessa ação como diz Rocha:

Para compreender, pois, certos aspectos da ação direta de inconstitucionalidade, assim como os efeitos advindos de decisão que declara a conformidade ou desconformidade de determinada lei ou ato normativo com a carta constitucional, faz-se necessário saber se o exercício do controle abstrato de constitucionalidade é de natureza legislativa ou jurisdicional. Com efeito, o método de fiscalização abstrata

⁹ ROCHA, op. cit., p. 55.

¹⁰ DANTAS, Ivo. O valor da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 46.

da licitude de lei ou ato normativo, por visar à retirada, da norma tida por ilegítima, do ordenamento jurídico, há sido considerado como de natureza legislativa, atuando o órgão encarregado de seu exercício na condição de legislador negativo.¹¹

A natureza legislativa da ação direta é a mais apropriada a essa ação, pois a natureza jurisdicional de uma ação é aquela voltada a dizer o direito aplicado ao caso concreto. Distinto, portanto, da ação direta que tem por escopo a norma *in abstracto*.

O controle abstrato da constitucionalidade das leis, embora exercido por órgão jurisdicional, tem natureza legislativa, dessa forma, tem entendido a doutrina trata-se de um processo objetivo, porquanto não é um processo contraditório de partes.

Novamente arremata Ximenes Rocha:

Todavia, em virtude de se ter atribuído a essa atividade forma jurisdicional, é razoável que se lhe garanta um mínimo de contraditório, o que se pode dar por ocasião da colheita de informações dos órgãos responsáveis pela emanção do ato normativo impregnado, quando estes poderão defender a Constitucionalidade do ato vergastado.¹²

A enumeração dos legitimados para movimentar a ação direta de inconstitucionalidade não é deferida a qualquer pessoa, possui um número restrito elencado na Carta Maior que deve ser observado.

O nosso sistema de controle de constitucionalidade por via de ação direta, por sua própria natureza, não comporta a legitimação de todos os cidadãos para propor essa ação, entendendo a doutrina trata-se de uma atitude antidemocrática relegando a segundo plano os direitos e garantias fundamentais.

Percebe-se que a extensão dessa ação a todos os cidadãos sobrecarregaria o órgão jurisdicional chamado a exercer o controle, tornando-se inviável o seu funcionamento e anulando a função do órgão responsável por manter a estabilidade do nosso ordenamento jurídico.

¹¹ ROCHA, Op. Cit., p. 57.

¹² Ibid, p. 58

3. CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1.1 Apresentação do tema

Perfazer um caminho lógico, caminhado progressivamente até alcançar o fim que se almeja, é uma exigência da arte do bom raciocínio. Dessa forma, como falar de direitos fundamentais sem estabelecer, num primeiro momento, o que sejam direitos fundamentais? Além disso, como estudar os tais direitos sem analisar, mesmo que basicamente, a ambiência dos mesmos, ou seja, a Constituição?

Procurou-se dar uma visão geral e envolvente sobre ambos os temas, relacionados de maneira inevitável. Tal imbricação entre Constituição e direitos fundamentais terá sua origem histórica abordada no capítulo seguinte, na seção destinada à evolução histórica da hermenêutica jurídica clássica rumo à hermenêutica constitucional. Salienta-se, desde já que, qualquer sentido atribuído à palavra “constituição”, bem como qualquer que seja a concepção que se utilize para determinar o conteúdo da mesma (constituição formal ou material), a idéia de direitos fundamentais lá estará presente, bem como diversos outros conceitos basilares do Estado, como forma de governo, sistema de governo, separação dos Poderes ou declaração de seus objetos fundamentais.

3.1.2 Constituição e suas acepções

A doutrina constitucional aponta diversos sentidos para a expressão “constituição”, cuja apreensão é importante para se lançar forte bases capazes de suportar os estudos vindouros. Assim, a palavra pode ser entendida como:

- a) Conjunto dos elementos essenciais de alguma coisa: a constituição do universo; a constituição dos corpos sólidos; b) Temperamento, compleição do corpo humano: uma constituição psicológica explosiva, uma constituição robusta; c) Organização, formação: a constituição de uma assembleia, a constituição de uma comissão; d) O ato de estabelecer juridicamente; a constituição do dote, da renda, de uma sociedade anônima, e) Conjunto das normas que regem uma corporação, uma instituição: a constituição da propriedade, f) A lei fundamental de um de um estado.¹³

¹³ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo, p. 37.

Em todos os sentidos apresentados, percebeu-se o caráter de início, formação ou fundação de algo, arrematando a questão na apresentação do último deles, que constituirá o centro dos estudos ora propostos. Declarar que seja a Constituição a Lei fundamental de um Estado ainda não determina, de forma alguma, qual acepção acerca do sentido da mesma está se utilizando. Assim a lei fundamental de um Estado pode ser entendida numa acepção sociológica, política ou jurídica.

3.1.3 Acepção sociológica

Pensar a constituição no sentido sociológico é reconhecer nela um caráter de fato social antes mesmo que de norma jurídica. Assim, a origem da ordem constitucional positiva deveria ser procurada na própria realidade social, em seus setores mais profundos. As constituições, dessa forma, não seriam produtos da razão ou meros documentos fruto de formalismos, mas sim o resultado de algo que se encontra em relação concreta e certa com as forças sociais, em determinado lugar e em determinada conjuntura histórica, cabendo ao constituinte a simples tarefa de reunir e sistematizar esses dados num documento formal, que só teria sentido na medida em que correspondesse àquelas relações materiais que representam a verdadeira efetiva constituição.¹⁴

O maior representante do sociologismo constitucional chama-se Lassalle, que critica a concepção jurídica ou normativa da constituição, pois tal tese só seria capaz de explicar como as constituições se formam ou que fazem, não demonstrando o que elas realmente são, ou seja, desconhece-se sua essência. Esta, por sua vez, seria formada pela *soma dos fatores reais do poder*,¹⁵ que regeriam determinado país. Tais fatores seria uma força ativa e eficaz que informaria o conteúdo básico das leis e instituições jurídicas da sociedade, desempenhando a função de fonte material das mesmas, sendo que tais fatores converter-se-iam em fatores jurídicos, ou seja, em norma jurídica quando, atendidas certas formalidades, seriam transportados para uma “folha de papel” recebendo expressão escrita. Surgia, assim, a constituição escrita, em contraponto à constituição efetiva ou real, a qual sempre deveria preponderar em relação àquela, já que consubstanciadora das verdadeiras fontes vigentes no país.

¹⁴ TEIXEIRA, J.H. Meirelles. Aplicabilidade das normas constitucionais. Apud. SILVA. José Afonso.

¹⁵ LASSALLE, Ferdinand. Que es una constitución? p. 47-48. Apud Idem, p. 23.

Reconhece-se a coerência de tal tese, pois é razoável esperar que uma constituição albergue os anseios da sociedade, analisando os dados sociais necessários para a formação constitucional. Nesse sentido, já se disse que as constituições *são uma fotografia em miniatura da paisagem social. Decalque rigoroso das contradições dialéticas da sociedade, que se consubstanciam numa fórmula de compromisso e harmonia da sociedade.*¹⁶

3.1.4 Acepção política

Tal concepção aponta certa faceta do sociologismo, e fora concebido por Carl Schmitt ao estabelecer a constituição como decisão política fundamental. Analise-se, inicialmente, os sentidos do vocábulo “constituição” proposto pelo autor, pois, quando se enunciar a constituição em sentido positivo, chegar-se-á ao centro da concepção schmittiana.

Em sentido absoluto, a constituição confundir-se-ia com o Estado, representando um sistema de normas supremas, normas de normas, normação total de vida do Estado,¹⁷ não se podendo falar em nenhum dispositivo legal a ela superior. Em sentido relativo, ter-se-ia a constituição como uma pluralidade de leis particulares, tendo como traço definidor a forma com a qual ela se originaria, perfazendo-se a constituição em sentido formal, constituição escrita e repleta de leis constitucionais. O sentido ideal, por sua vez, estabelece os anseios futuros do texto constitucional, objetivos que, mesmo de difícil alcance, deveriam sempre ser buscados. Finalmente, o sentido positivo determina a constituição como decisão política fundamental, decisão sobre o modo e forma da unidade política, só se chegando ao conceito de constituição quando se distinguisse esta das leis constitucionais, pois aquela só poderia conter os dispositivos de grande vulto político, como a estrutura de órgãos de cúpula e do Estado ou os direitos do cidadão. Os outros temas, mesmo presentes no texto constitucional, seriam simples leis constitucionais.

¹⁶ FERREIRA, Pinto. Princípios gerais do direito constitucional moderno, t.I/ 65. Apud Idem, p. 25.

¹⁷ SILVA, José Afonso. Op. cit, p.27.

3.1.5 Acepção jurídica

Concebia a constituição como norma jurídica, estabelecendo-a como realidade apartada de qualquer conteúdo sociológico, filosófico ou axiológico. Na subseção relativa à concepção sociológica, lançou-se algumas críticas à tese que ora se comenta, cujo maior defensor foi Hans Kelsen. Para ele, a constituição deveria ser tomada em dois sentidos: lógico-jurídico e jurídico-positivo.¹⁸ Pelo primeiro aspecto, ter-se-ia a norma hipotética fundamental, cuja função seria servir de fundamento para a constituição jurídico-positiva. Percebe-se o normativismo exagerado do autor, a ponto de buscar um fundamento também normativo para a constituição, deixando de lado qualquer elemento sociológico, político, ou filosófico. A norma fundamental hipotética veicularia um mandamento próximo à: *conduza-se na forma ordenada pelo autor da primeira Constituição*.¹⁹ Posicionando-se acerca da acepção jurídica, José Afonso reconhece que:

a teoria de Kelsen teve o mérito de revelar a natureza de dever-ser da norma jurídica, mas caiu no exagero do normativismo, que reduz o objeto da ciência jurídica a pouco mais que uma lógica jurídica. Seu formalismo não se compadece com a experiência jurídica, especialmente no campo do direito constitucional, onde se verifica tanta influência da realidade social, política e ideológica, por sua vez exarcebada pelo sociologismo.²⁰

Após essa breve análise preliminar acerca de critérios básicos do direito constitucional, é possível perceber a relevância que os direitos fundamentais desfrutam nos enunciados constitucionais. Basta ressaltar, por exemplo, que até mesmo na divisão proposta entre constituição e leis constitucionais reconhece-se a inserção dos direitos fundamentais naquela primeira categoria, sabendo-se que lá estariam somente as decisões políticas fundamentais do Estado.

Dessa forma, passa-se ao estudo mais detido dos direitos fundamentais, não restando dúvidas acerca da excelência que é sua situação no âmbito constitucional.

3.2 Compreensão dos Direitos Fundamentais

¹⁸ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. C. II/12.

¹⁹ Op.cit. p.31

²⁰ Ibid., p. 31

Compreender os direitos fundamentais, mesmo preliminarmente, é entender que eles almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana²¹. Trata-se de uma concepção abrangente, a qual se pode contrapor dizendo que são direitos fundamentais aqueles que o direito vigente os qualifica como tais.²² Relacionar os direitos fundamentais à liberdade e dignidade humana faz-se chegar *ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela primeira vez, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789*²³. Em verdade, tal declaração fora, até então, a mais grandiosa da história, pois tinha como destinatário de suas disposições o gênero humano.

3.2.1 Conceituação

É forçoso reconhecer a dificuldade de se conceituar os direitos fundamentais, diversas foram suas denominações através da história.

José Afonso da Silva escreveu a respeito que:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificultam definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.²⁴

Esta ultima designação, no entanto, parece ser a mais precisa, tendo sido até mesmo adotada pela Constituição Federal de 1988, pois nela o caráter de direito fundamental, sem o qual a personalidade da pessoa humana não se realizaria em sua plenitude, faria parecer a própria vida humana. A enunciação ao destinatário na expressão “do homem” determina que todos são igualmente beneficiários de tais direitos, independente de raça, sexo, idade, nacionalidade ou qualquer outra forma de discriminação.

²¹ HESSE, Konrad. Konrad. Grundrechte. In: Staatslexikon, v. 2. apud Bonavides, Paulo. Curso de direito constitucional. p.560.

²² HESSE, Konrad. Grundzüge des verfassungsrechts der bundesrepublik deutschland. Apud.Ib.idem.

²³ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. , p.562.

²⁴ SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. p. 175

3.2.2 Características

Os direitos fundamentais são *imprescritíveis*, de modo que eles não se perdem pelo transcurso do tempo. Isso ocorre porque tais direitos não ostentam caráter patrimonial, e sim pessoalíssimo, de modo que eles são também *inalienáveis*, não contendo conteúdo econômico-patrimonial. Como a Constituição os confere a todos, deles não se pode desfazer, pois são *indisponíveis*. São *irrenunciáveis*, não sendo possível ao titular tolerar, mesmo que temporariamente, qualquer abuso do Poder Público que venha, ilegalmente, afrontar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, pois isso implicaria em renunciar ao seu direito fundamental. Tolerar-se, no entanto, a opção pelo não exercício de certos direitos, mas nunca sua renúncia. Pela *universalidade*, tem-se que a abrangência desses direitos engloba a todos os indivíduos, como anteriormente apontamos, independentemente de nacionalidade, sexo, raça, idade ou convicção filosófico-política.

A *efetividade* é necessidade inerente aos direitos fundamentais, pois eles precisam de concreção, ou seja, da atuação do Poder Público no sentido de torná-los cada vez mais desfrutáveis por todos. São *invioláveis*, pois seu desrespeito, por parte de determinações infraconstitucionais ou por atos de autoridade pública podem gerar responsabilização civil, penal e administrativa. A *interdependência* é característica que ficará ainda mais evidente quando apresentamos o fenômeno da concorrência de direitos fundamentais²⁵, pois, apesar das disposições constitucionais consagradoras de direitos fundamentais serem autônomas, apresentam diversas finalidades que se ligam²⁶.

Característica importantíssima para o tema da colisão de direitos fundamentais é a que discorre sobre a *dupla dimensionalidade* dos direitos fundamentais. Dessa forma, os direitos apresentariam um âmbito individual ou subjetivo, que costumeiramente são a eles atribuídos, e um outro, objetivo, expressando valores almejados por toda a comunidade política²⁷. Cite-se como exemplo o direito à inviolabilidade do domicílio. Ao mesmo tempo que se consagra essa garantia individual, estabelece-se situações que visam proteger os valores almejados por toda a comunidade política, legitimando a restrição constitucionalmente posta a tal direito, consubstanciada na possibilidade de se penetrar no lar, mesmo sem a anuência do morador,

²⁵ Ver capítulo 4, seção 2.

²⁶ Por exemplo, a liberdade de ir e vir está intimamente ligada à garantia do habeas corpus.

²⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. p.87-88.

nos casos de flagrante delito ou desastre ou para prestar de socorro, bem como nos casos de determinação judicial, somente durante o dia.

3.2.3 Classificação

Apresentar-se-á duas classificações aos direitos fundamentais. Através da primeira prestigiar-se-á a Constituição Federal brasileira e, pela segunda, os ideais da Revolução Francesa.

3.2.4 Direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II apos direitos e garantias fundamentais, subdividindo-se em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Pela classificação adotada pelo legislador constituinte, estabeleceu-se, por tanto, cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais.

Alexandre de Moraes os comenta:

Direitos individuais e coletivos - correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade. Basicamente, a constituição de 1988 os prevê no art.5º (...); direitos sociais – caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art.1º, IV. A Constituição Federal consagra os direitos sociais a partir do art.6º. direitos de nacionalidade - nacionalidade é o vínculo jurídico político que linha um individuo a um certo e determinado Estado, fazendo deste individuo um componente do povo, da dimensão pessoal Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento dos deveres impostos: direitos políticos – conjunto de regras que disciplinam as formas de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos que investem o individuo no status *civitatis*, permitindo-lhe o exercício da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tais normas constituem um desdobramento do principio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que afirma que todo o poder emana do

povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. A constituição regulamenta os direitos políticos no art.14; direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos – a Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático do Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade de atuação, para concretizar o sistema representativo.²⁸

Advirta-se que a localização topográfica de tais direitos na Constituição não pode limitar o reconhecimento de outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, conforme mandamento do art. 5 § 2º. Nesse sentido, o rol dos direitos fundamentais acima expostos, principalmente no tocante aos direitos e deveres individuais e coletivos, é meramente exemplificativo, podendo-se encontrar a presença de outros direitos fundamentais nos demais capítulos do texto constitucional.

3.2.5 Direitos fundamentais de liberdade, igualdade e fraternidade

Tal classificação é adotada pelo Supremo Tribunal Federal²⁹ e apresenta interessantíssimo paralelo com os ideais da Revolução Francesa, ao estabelecer os direitos fundamentais de primeira, segunda ou terceira geração ou direitos fundamentais de liberdade, igualdade e fraternidade.

O Ministro Celso de Mello, citado por Alexandre de Moraes, bem destaca este entendimento acerca dos direitos fundamentais:

Enquanto dos direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados,

²⁸ MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais .p.25-26.

²⁹ “Direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração” (RTJ/2006).

enquanto valores fundamentais indispensáveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.³⁰

Bonavides (1993), aponta os direitos fundamentais de quarta geração, resultantes da globalização dos direitos fundamentais, que constituiriam *o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.*³¹

3.3 Norma Constitucional de Direito Fundamental

Salienta-se, finalmente, a importância acerca do reconhecimento da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, conforme preceitua o artigo 5º § 1º da Constituição Federal. Ocorre que tal determinação não pode ser vista de maneira absoluta, pois alguns direitos sociais, colocados como espécie de direitos fundamentais, apresentam normas de eficácia limitada e aplicabilidade diferida, pois necessitam de norma infraconstitucional integrativa. Dessa forma, o principal guia para a determinação da aplicabilidade de determinado direito fundamental é analisar o que seu próprio dispositivo determina. Pela análise do art. 5º, no entanto, percebe-se a existência de normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, ou, quando muito, normas de eficiência contida, que, apesar de apresentarem aplicabilidade imediata, podem ser restringidas por ulterior atividade legislativa, não se concebendo, destarte, direitos e deveres individuais e coletivos determinados por norma de eficácia limitada.

³⁰ (STF – Pleno - MS nº. 22164/SP – rel. Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, Seção I, 17 de no. 1995, p. 39.2006).

³¹ Op. Cit., p. 571.

4. DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Estudar a interpretação constitucional e seus fundamentos é analisar a insuficiência interpretativa proposta pelos métodos da Hermenêutica Jurídica Clássica no tocante à apreensão do sentido e alcance das normas constitucionais que ostentam a natureza de princípio. Ocorre que os métodos interpretativos clássicos aplicam-se com inteireza somente em relação às normas estruturadas em regras, a saber, normas infraconstitucionais, de modo que relativamente às normas principiológicas, fartamente encontradas num texto constitucional, outros mecanismos ou princípios de interpretação deverão ser utilizados, tamanha a particularidade desta espécie normativa. Os referidos princípios, por sua vez, serão enunciados pela Nova Hermenêutica Constitucional.

A fim de alcançar uma melhor compreensão acerca do presente tema, deve-se, inicialmente, analisar o que vem a ser o processo interpretativo e em que consiste a Hermenêutica Jurídica Clássica, para entender o surgimento da Nova Hermenêutica Constitucional e o fundamento dos princípios de interpretação especificamente constitucional. Advirta-se, desde já, que os métodos clássicos de interpretação, apesar de insuficientes, não são totalmente olvidados quando da análise de um princípio, de modo que o intérprete ainda poderá socorrer-se da interpretação gramatical, histórica, sistemática ou teológica. Tais técnicas, no entanto, mostram-se incapazes de apreciar com inteireza e concretude a consagração de um valor inerente às normas principiológicas, que consagram direitos fundamentais, cuja colisão demandará, primeiramente, a necessidade de se interpretar os dispositivos colidentes, a fim de se alcançar a solução para o caso.

4.1 Da hermenêutica jurídica clássica à nova hermenêutica constitucional.

4.1.1 Interpretação confunde-se com hermenêutica?

Analisando a etimologia do vocábulo “interpretar”, descobre-se sua origem latina e seu significado: “entre entranhas”. Ocorre que a antiga prática dos feiticeiros e adivinhos de introduzir as mãos nas entranhas de um animal a fim de conhecer o futuro das pessoas fez

com que, inicialmente, a atividade interpretativa tivesse um caráter nitidamente aleatório, uma vez que era pautada pelo mero esforço de adivinhação feito pelo “intérprete” da época, sendo que *este processo estava em sintonia com a concepção cosmológica e determinada que se tinha do mundo*.³²

A expressão “hermenêutica”, por sua vez, tem origem grega, oriunda, provavelmente, de “Hermes”, o deus mensageiro encarregado de transmitir e fazer compreensível os dizeres dos deuses superiores aos seres situados no plano terreno. Desde já se percebe que ambos os termos têm ligação direta com o entendimento, com a percepção das ideais e significado de determinado fenômeno ou texto. Qual seria, então, a relação entre a interpretação e a hermenêutica jurídica, especificamente?

Há autores que defendem a sinonímia entre os termos, não concebendo praticidade no estabelecimento de distinções, como o faz Miguel Reale, ao firmar que:

(...) parece-me destituída de significação a antiga distinção entre ‘hermenêutica’, como conjunto de processos ou regras de interpretação, e esta como aplicação daquela. Trata-se de uma distinção de escolasticismo abstrato que não atende à natureza necessariamente concreta do ato interpretativo, inseparável dos meios dialeticamente ordenados à consecução dos fins³³.

A despeito desse entendimento, abonar-se-á a tese que estabelece a distinção entre os termos, pois eles não devem ser tomados como sinônimos, erro constantemente cometido devido a uma incompleta análise da questão. Em verdade, *hermenêutica não é interpretação. A primeira é uma teoria que pensa a interpretação e dita-lhe as regras do acontecer*.³⁴ Dessa forma, a hermenêutica tem por fim normatizar o processo interpretativo, ditando as regras para que ele alcance seus objetivos plenamente. Além disso, a hermenêutica também se ocupa da aplicação e integração do Direito. Aplicar o Direito consiste numa atividade complexa de adequação do fato à norma, correlacionando aspectos fáticos, normativos e axiológicos, perfazendo-se, assim, a coordenação axiológica do fato à norma, excluindo, prontamente, qualquer tese silogística acerca da aplicação do Direito, que pode ser definido como uma *vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores*

³² MAGALÃES FILHO, Glauco Barreua. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. p. 33

³³ MIGUEL, Reale. *O direito como experiência*. Apud BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. P.33

³⁴ MAGALÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. p. 17.

de convivência.³⁵ Destacam-se, aí, as dimensões fática (conduta humana), valorativa (valores de convivência) e normativa (realização ordenada) do Direito, só restando conceber sua aplicação como uma realidade que albergue esses três componentes. A integração do Direito, labor também compreendido na atividade hermenêutica, consiste no suprimento das lacunas normativas, pois se sabe que a matéria legislativa é lacunosa, cabendo ao intérprete aplicador do Direito eliminá-las por meio da analogia ou da equidade, conferindo completude ao Ordenamento Jurídico.

Arrematando, ter-se-ia como objeto da Hermenêutica Jurídica *o estudo e sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e alcance das expressões do Direito*³⁶.

4.1.2 Origens históricas da nova hermenêutica constitucional

Entender o Direito como sinônimo de lei é um reducionismo empobrecedor e perigoso. Empobrecedor porque exclui todo um complexo normativo que não advém unicamente do Estado-legislador e, inegavelmente, constitui Direito, como as normas costumeiras e jurisprudenciais. É também perigoso, pois atribui ao Direito um formalismo exarcebado, diminuindo sobremaneira sua amplitude, à medida que deixa de lado as outras fontes do Direito, tornando-o mera criação estatal e verdadeiro fantoche nas mãos dos governantes. Esse reducionismo chama-se monismo.

A Escola de exegese difundiu tal pensamento, à medida que fora criada para interpretar Código Civil Napoleônico, defendido arduamente como uma lei atemporal, imutável e completa, só admitindo, assim, a interpretação literal de suas disposições. Com o passar do tempo, as mudanças sociais começavam a surgir, e as lacunas do Código se tornavam mais visíveis. Inicialmente, tentou-se mascarar sua lacunosidade com o uso da analogia, mas depois se tornou evidente a precariedade do pensamento monista, abrindo espaço para teoria muito mais inteligente e humilde, que foi dualismo. Assinala Arnaldo Vasconcelos:

³⁵ REALE, Miguel. Filosofia do direito.p.6007. apud VASCONCELOS, Arnaldo. Teoria da norma jurídica. p.90

³⁶ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. P.1. O autor também aponta os equívocos de certas diferenciações dos termos hermenêutica e interpretação, também reconhecendo que “esta é a aplicação daquela, a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”. Ib. Idem.

A diferença maior reside em que, enquanto para o monismo o Direito é reduzido ao sistema jurídico do Estado, para o pluralismo o ordenamento jurídico alcança, a par do sistema estatal, vários outros sistemas, criados pelas sociedades e associações, como a Igreja, o sindicato e o clube esportivo.³⁷

A referida humanidade decorre do reconhecimento verdadeiro da hegemonia da lei como fonte do Direito, o que decorre do princípio constitucional da legalidade e a inteligência está em não atribuir exclusividade a essa fonte do Direito.

Partindo do reconhecimento dessa hegemonia, o surgimento dos Estados Legalistas, cujos governantes pautavam suas ações na lei, submetendo-se a elas. O constitucionalismo, à época, era relegado ao segundo plano, à medida que se via na lei o instrumento garantidor de todos os direitos, sendo ela capaz e garanti-los contra os arbítrios estatais. A igualdade era vista sob aspecto formal e as liberdades entendidas negativamente, só se podendo fazer o que a lei não proibia.

Com o surgimento de ditaduras amparadas na legalidade, sobretudo durante o regime nazi-fascista, fica clara a fragilidade da lei no tocante à proteção aos direitos. Havia de se pensar uma maneira de proteger os direitos fundamentais dos autoritarismos do Estado. Surge, então, o Estado Constitucionalista ou Estado Democrático de Direito, consagrando a Constituição como lei fundamental capaz de enunciar princípios garantidores dos direitos fundamentais, os quais encontrariam proteção, até mesmo, se determinada lei infraconstitucional tentasse feri-los. Dessa forma, a igualdade passa a ser considerada materialmente, com o Estado realizando ações tendentes a diminuir as desigualdades sociais, tratando os desiguais desigualmente.

Os princípios consagrados pela Constituição teriam caráter de normas vinculantes para todos os poderes, não subsistindo a antiga concepção que os defendia como meros conselhos aos governantes. Bonavides (1993) aponta esse status adquirido pelos princípios em contraponto às regras, bem como o aspecto político todo especial que a norma constitucional possui, pois ela:

(...) rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competência aos poderes, dispõe sobre os direitos humanos básicos, fixa o comportamento dos órgãos estatais e

³⁷ Teoria da norma jurídica. p. 244

serve, enfim, de pauta de ação aos governos, visto que no exercício de suas atribuições não podem eles evidentemente ignorá-la³⁸.

Assim, tornou necessário o surgimento da uma Nova Hermenêutica capaz de apreender com inteireza a enunciação de um valor, inerente às normas principiológicas, o que faz imperioso diferenciar regras e princípios.

4.2 Regras e princípios

Exaltou-se, anteriormente, que os métodos de interpretação são úteis, mas insuficientes para a interpretação das normas constitucionais. Demonstrar-se-á a veracidade de tal afirmação partindo-se da diferenciação entre as normas estruturadas em regras e normas com estrutura de princípio.

A Hermenêutica Jurídica Clássica foi concebida numa época na qual o Direito possuía base eminentemente privatística, propondo técnicas de interpretação destinadas às regras jurídicas, ou seja, a normas que determinavam um fato, prescrevendo uma conduta a ser seguido pelo homem, bem como uma sanção em caso de descumprimento de seu preceito primário. As normas infraconstitucionais seguem essa caracterização, sendo dotadas de uma generalidade atenuada, se comparada aos princípios. Quando duas regras colidem ocorre uma antinomia, que deve ser combatida sob pena de fazer ruir o princípio da coerência do Ordenamento Jurídico, pautado no princípio lógico da não-contradição: uma coisa não ser e não ser ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto. Ora, uma conduta é lícita ou ilícita, não se admitindo um meio termo, pois o que ocorre é uma contradição, que será corrigida com a eliminação de um dos pólos conflitantes.

Os princípios, por sua vez, encontram sua ambiência natural no texto constitucional,³⁹ pois são dotados de alto grau de generalidade e abstração, tendo o

³⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p. 461

³⁹ Luís Roberto Barroso aponta uma classificação para os princípios constitucionais, sempre sem qualquer pretensão exaustiva. De qualquer modo, tal iniciativa é interessante para se procurar estabelecer uma certa visão sistêmica sobre o tema. Assim, seriam princípios constitucionais fundamentais o princípio republicano (art. 1º, caput), princípio federativo (art. 1º caput), princípio do Estado democrático de direito (art. 1º caput), princípio da separação do Poderes (art. 2º); princípio presidencialista (art. 76); princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV). Também se contemplam os chamados princípios gerais, formados pelo princípio da legalidade (art. 5º, II), princípio da liberdade (art. 5º II e diversos inciso do art. 5º, como IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII etc.); princípio da isonomia (art. 5º, caput e inciso I); princípio da autonomia estadual e municipal (art. 18); princípio do acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV)

papel de fundamentar as regras. Pode-se dizer, assim, que estas são posteriores aos princípios, cuja função é alicerçá-las. Os princípios carecem de concretude, pois sua realização prática só ocorrerá no caso concreto, devendo-se trazer à colação os ensinamentos da hermenêutica existencial, utilíssima neste campo de estudo, para a qual a atividade interpretativa só se perfaz no caso concreto com a aplicação de determinado princípio. As normas principiológicas enunciam um valor, não um fato, e da colisão de princípios não se pode excluir arbitrariamente um deles, pois todos possuem a mesma hierarquia e fonte ética, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, enunciado no artigo 1º inciso III da Constituição Federal, sendo que tal conflito gera uma contrariedade, cuja solução se dá através da busca de um meio-termo ou solução de compromisso. Tal desiderato é alcançado com a utilização do princípio da proporcionalidade, fundamento formal da Constituição, que determinará qual dos princípios deverá ser relativizado no caso concreto. Diferenciam-se, ainda, ontologicamente, *ambos os tipos de normas se tem, por exemplo, a possibilidade de princípios, em virtude de sua natureza, existirem implicitamente no sistema normativo, algo impensável para as regras* ⁴⁰. Exemplificando esta última diferenciação, tem-se o referido princípio da proporcionalidade, implicitamente positivado em nosso ordenamento constitucional, pois *flui do espírito que amina em toda sua extensão e profundidade o § 2º do artigo 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição* ⁴¹.

4.2.1 Os Princípios de interpretação especificamente constitucional

A Doutrina Constitucional, costumeiramente, aponta sete⁴² princípios de interpretação especificamente constitucional, a saber: princípio da unidade da constituição, princípio do efeito integrador, princípio da máxima efetividade, princípios da força normativa da constituição, princípio da repartição funcional, princípio da interpretação conforme e

do juiz natural (art. 5º XXXVII e LIII); princípio do devido processo legal (art.5º, LIV). Finalmente, idêntica como princípios setoriais o princípio da legalidade administrativa, moralidade, impessoalidade, publicidade (todos do art. 37, caput); princípio do concurso público (art. 37, II); princípio da prestação de contas (arts. 70, parágrafo único, 34, VII, d,e 35, II), etc. Interpretação e aplicação da constituição. P. 157-160.

⁴⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processos constitucionais e direitos fundamentais. p.76.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. Op.cit. p 436. Sobre o tema, ver capítulo V.

⁴² Entre eles: CANOTILHO, J.J. Op. Cit. p. 1223-1228; STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. pp. 94-100; MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica e unidade axiológica da constituição. pp. 79-81; GUERRA FILHO, Willis Snatiago .Op. cit. pp.77-82; MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. pp. 44-47. BARROSO, Luis Roberto. Op.cit. cap. 2. Este autor, no entanto, abrange mais seu campo de estudo, incluindo os princípios da supremacia da constituição e princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Também é interessante notar que ele aborda o princípio da concordância prática a partir do princípio da unidade da constituição, o que mostra a maior importância deste.

princípio da concordância prática. Estudar-se-á os princípios de interpretação propostos pela Hermenêutica Constitucional procurando conferir-lhes um entendimento prático, mostrando como se deve estendê-los concretamente.

4.2.2 Princípio da unidade da Constituição

Sabe-se que o Ordenamento Jurídico é pleno por ser uno, coerente e completo. Ele encontra unidade porque decorre da Constituição, que também é una, tendo sua unidade compreendida na imposição de se interpretar suas disposições de modo a fazer com que elas se compatibilizem entre si, não se admitindo que perdurem entendimentos contraditórios em seu próprio corpo normativo. A unidade da Constituição fundamenta-se formalmente através do princípio da proporcionalidade, que determinará a solução ideal numa colisão de direitos fundamentais, adiante analisada. Materialmente, ele se fundamenta através do princípio da dignidade da pessoa humana, fonte ética de todos os direitos fundamentais.

A busca pela unidade da Constituição revelará um caminho que o intérprete deve buscar sempre partindo de uma norma em busca de seus valores gerais, *expressos em outras normas, e assim sucessivamente, até chegarmos ao mais alto desses valores*⁴³. O mais alto valor outrora referido traduz a ideologia básica de uma Constituição, servindo como vetor interpretativo nos moldes da *pré-compreensão*⁴⁴ de Gadamer, e está estampado no “Preâmbulo” e no artigo 1º da Lei Maior, tratando-se do Estado Democrático de Direito. É através deste, por exemplo, que se exige a necessidade das decisões judiciais serem obrigatoriamente fundamentadas, exigência que se coaduna com os mais altos valores democráticos, já que a atividade judicante não goza, num primeiro momento, de legitimação social, diferentemente da atividade legislativa, devendo as razões de uma sentença serem amplamente aduzidas a fim de o juiz obter tal legitimação.

Além disso, o princípio da unidade da Constituição determina a inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais, conforme se depreende do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

⁴³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. Cit. p.76

⁴⁴ MAGALAES FILHO, Glauco Barreira. Hermenêutica e unidade axiológica da constituição. P. 42

A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. – Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. – Por outro lado, as cláusulas *pétreas* não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido⁴⁵.

4.2.3 Princípio do efeito integrador

A Constituição alberga os valores básicos aspirados pelos mais diversos segmentos da sociedade, movida que é pelo princípio democrático. Dessa forma, deve-se interpretar suas disposições de modo a conferir um sentido cada vez mais voltado para a integração social. Neste momento percebe-se a imbricação deste princípio com o anterior, reforça a unidade política.

4.2.4 Princípio da máxima efetividade

É também chamado de máxima eficácia, cujo sentido pode deferir de efetividade, pois o significado deste termo faz referência à realização prática de um valor, sendo este fim alcançado quando ele se realiza com a maior efetividade possível no caso concreto. A eficácia, por sua vez, não estaria ligada diretamente a um princípio, mas a uma regra. Seja como for, o intérprete deve pautar sua atividade tendo em vista a atribuição da maior eficácia possível a uma norma constitucional, lembrando-se a advertência anteriormente posta no

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 815/ DF – DISTRITO FEDERAL. Relator: Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 28/03/1996. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. Publicação: DJ 10-05-1996 PP-15131 EMENTE VOL-01827-02 PP-00312

que tange a inexistência de preceitos constitucionais que sejam meros conselhos, exortações morais ou promessas para futuramente serem cumpridas pelas autoridades públicas. Vejamos um interessante caso prático para a utilização deste princípio.

A terceirização é um procedimento adotado facultativamente por ente público, como o Estado, por exemplo, a fim de delegar a uma entidade de natureza jurídica privada, contratada mediante regular processo licitatório, a consecução de uma atividade que não seja essencial àquele ente, como os serviços de limpeza de prédios públicos. Nessa relação o ente público figura, no máximo, como, mero responsável subsidiário pelos encargos trabalhistas, compreendendo estes as verbas direta e imediatamente resultantes da relação de emprego. Não obstante essa delimitação de responsabilidade é comum o ajuizamento de Reclamações Trabalhistas contendo pedido a condenação ao pagamento de multas por parte da entidade pública, em virtude da inobservância, por parte da empresa contratada, de alguma formalidade legal, como, por exemplo, o prazo para pagamento das verbas rescisórias.

Sabe-se que em nosso ordenamento as multas são tratadas como espécies do gênero pena, de acordo como artigo 5º, XLVI, alínea “c” da Lei Fundamental. Ora, se tal inadimplemento realmente ocorre, não há que se falar em responsabilização do tomador dos serviços, em decorrência do princípio constitucional da intrascendência das penas, pois de acordo com o artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, *nenhuma pena passará da pessoa do condenado*, cabendo, portanto, somente a responsabilização da entidade contratada. Poder-se-ia, ao realizar interpretação meramente literal do dispositivo, objetar que tal princípio só teria aplicação no âmbito penal, pois faz referência a “pessoa do condenado”. É neste momento que se faz mister a utilização do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, afim de lhes conceder a exegese que lhes confira maior grau de abrangência e eficácia.

Aplicado ao caso sob exame, o postulado da máxima efetividade induz a conclusão de que o princípio da intrascendência das penas deve ser aplicado a todos os ramos jurídicos, alcançando, indistintamente, toda e qualquer penalidade pecuniária. Ilação diversa equivaleria a enfraquecer as disposições constitucionais, pois se estaria limitando o sentido das mesmas. Desarraçado supor, portanto, que possam ser transferidos a terceiro (responsável subsidiário)

os efeitos de penalidade imposta, com caráter de pessoalidade, ao autêntico empregador (fornecedor de mão-de-obra).

4.2.5 Princípio da força normativa da Constituição

Anteriormente referido, quando da análise do surgimento do Estado Constitucionalista, deve-se entender os princípios como normas vinculantes às atividades administrativas, legislativas e judicantes, não mais se admitindo a idéia de eles sejam meros conselhos. Além disso, sabe-se que os valores vivenciados pela sociedade sofrem constantes mudanças ao passar do tempo, de modo que o intérprete deve atentar para esse fato de atualizar a interpretação dos valores constitucionalmente enunciados a fim de que eles não percam sua normatividade.

4.2.6 Princípio da repartição ou conformidade funcional

Quando outrora citamos o Professor Paulo Bonavides (subseção 2.2 deste capítulo), ressaltamos o aspecto político da norma constitucional, pois ela também organiza e estrutura os poderes, atribuindo competências e determinando funções a eles e aos órgãos públicos. O intérprete deverá guiar-se estritamente por essas prescrições conferidas pela norma, afim de não elastecer interpretativamente uma disposição constitucional que nem mesmo o Poder Constituinte Originário prescreveu expressamente. A utilização do princípio deve ser cuidadosamente observada pelos Tribunais Constitucionais, (...) *nas suas relações com o legislador o governo, e pelos órgãos constitucionais nas relações verticais do poder (Estado/regiões, Estado/autarquias locais). Este princípio tende, porém, hoje, a ser considerado mais como uma princípio autônomo de competência do que como um princípio de interpretação da constituição*⁴⁶.

4.2.7 Princípio da Interpretação conforme a Constituição

Determinada lei poderá comportar mais de uma interpretação, sendo que algumas delas podem torná-la inconstitucional ou constitucional. Analisando o dispositivo, o órgão

⁴⁶ CANOTILHO, J.J Op. cit. p. 1225

julgador poderá afastar ou conceder um desses possíveis sentidos a fim de preservar a constitucionalidade da lei atribuindo a ela uma interpretação que a torne constitucional. Sob esse aspecto, a interpretação conforme a Constituição é muito mais um *princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição*⁴⁷.

Concebe-se este princípio somente nos ordenamentos que adotem Constituição rígida, pois se reconhece a supremacia das normas constitucionais e sua hierarquia superior, demandando o respeito das normas infraconstitucionais. O princípio floresceu na Alemanha, tendo julgados da Corte Constitucional de Karlsruhe desempenhado papel de suma importância em sua caracterização.

O Princípio da Interpretação conforme a Constituição (Verfassungskonforme Auslegung) determina que não se deve declarar a inconstitucionalidade de determinada lei sempre que esta comportar um sentido que se coadune com os valores básicos da Lei Fundamental. Tendo em vista esse fim, o intérprete deve ter muito cuidado ao utilizá-lo, pois há certos perigos envolvidos em seu uso. Se por um lado ele privilegia a atividade legislativa, conscientizando os julgadores que eles devem, sempre que possível, exaltar a atividade legislativa, respeitando-a, é, por outro lado, também notável sua má utilização quando julgadores sucumbem à tentação de se “transformarem” em legisladores, julgando contra a literalidade da lei e atribuindo um sentido constitucional que, definitivamente, a norma não ostenta. Estar-se-ia diante, portanto, de verdadeira invasão de competência, nefasto vício a ser evitado a todo custo, pois o Judiciário estaria legislando indevidamente.

Sabe-se que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei é medida drástica, mas que só deve ser adotada após esgotadas todas as outras tentativas de compatibilizá-la com a Constituição. Mesmo assim, não se deve enxergar constitucionalidade onde, efetivamente, ela não subsiste, devendo-se o intérprete, nos casos de dúvida, se socorrer do seguinte princípio estabelecido pelo Tribunal Constitucional da Áustria, citando por Paulo Bonavides: *a uma lei, em caso de dúvida, nunca se lhe dê uma interpretação que possa fazê-la parecer inconstitucional*.⁴⁸

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 518

⁴⁸ Idem. p. 519

Analisando a utilização do princípio pelo Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes vislumbra que:

*o intérprete poderá declarar a inconstitucionalidade parcial do texto impugnado, no que denomina interpretação conforme com redução de texto, ou, ainda, conceder eu excluir da norma impugnada determinada interpretação, a fim de compatibilizá-la com o texto constitucional*⁴⁹.

Vejamos um exemplo concernente a utilização da interpretação conforme a Constituição sem redução do texto, excluindo da norma impugnada uma interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade.

Com o advento da Emenda Constitucional nº. 45, houve evidente mudança na competência da Justiça do Trabalho, alterando fortemente seu limite jurisdicional. Uma dessas mudanças diz respeito à competência para julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangendo os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme se lê do art. 114, § I, da Constituição Federal.

Tal redação trouxe à baila, novamente, fortes divergências acerca do alcance da expressão “relação de trabalho”, vez que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, à época da redação original do art. 114 da CF, já sentenciava que determinado dispositivo da Lei 8.112/90 era inconstitucional, pois a expressão “relação de trabalho não autorizava a inclusão, na competência da Justiça trabalhista, dos litígios relativos aos servidores públicos. Para estes o regime é o ‘estatutário’ é não o ‘contratual trabalhista’”⁵⁰. Disse mais o Ministro. Carlos Velloso, no julgamento da mesma questão:

“(…) Não com referência aos servidores de vínculo estatutário regular ou administrativo especial, porque o art. 114, ora comentado, apenas diz respeito aos dissídios pertinentes a trabalhadores, isto é, ao pessoal regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, hipótese que, certamente, não é a presente. (...)”.

⁴⁹ Op. cit.p.46

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 492. Relator Min. Carlos Velloso. Trecho do voto do Min. Celso de Mello.

Dessa forma, não se pode conceber como competência da justiça do Trabalho a análise de questões relativas aos servidores públicos, e se afirma isso pautado na dought decision do Ministro Cezar Peluso, abaixo transcrito, in verbis:

“Poderá, como afirma a inicial, estabelecerem-se conflitos entre a Justiça Federal e a Justiça Trabalhista, quanto à competência desta ou daquela. Em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ausência de prejuízo, concedo a liminar, com efeito ‘ex tunc’. Dou interpretação conforme ao inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC nº. 45/2004. Suspendo, *ad referendum*, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que incluía, na competência da Justiça do Trabalho, a (...) *apreciação ... de causas que ... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. Publique-se.*⁵¹

Clara está, portanto, a utilização do princípio pelo Supremo Tribunal Federal e a serventia que ele ostentou no referido julgado.⁵²

4.2.8 Princípio da harmozinação prática

É utilizado quando ocorre uma colisão de direitos fundamentais no caso concreto, tamanha as particularidades envolvidas nesta questão. De fato, tal conflito é bastante peculiar, pois a fonte ética daqueles direitos é o princípio da dignidade humana, o que os faz possuírem igual hierarquia, não existindo um melhor ou mais importante do que outro. Logo, havendo um conflito entre eles, não se pode, simplesmente excluir um dos princípios colidentes, como ocorre num conflito de regras (antinomias), pois a norma que enuncia no direito fundamental tem estrutura de princípios, dotada de maior grau de abstração, caráter de fundamentalidade e maior proximidade da idéia de Direito da exigência de justiça.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita da Inconstitucionalidade (Méd. Liminar) 33395-6, Brasília 27 de janeiro de 2005.

⁵² Colacione-se, devido a importância do tema, mais dois julgados referentes à interpretação conforme: “A incidência desse postulado permite, desse modo, que, reconhecendo-se legitimidade constitucional a uma determinada proposta interpretativa, excluam-se as demais construções exegéticas propiciadas pelo conteúdo normativo do ato questionado”. (STF, RTJ 144/146, ADIn 581- DF, Rel. Min. Marco Aurélio. Transcrição feita do voto do Min. Celso de Mello). “Se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode explicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo”. (STF, RT – CDCCP 1/314, Rel. Min. Moreira Alves)”.

Assim, deparando-se com esse tipo de conflito, o intérprete deve valorar no caso concreto cada princípio envolvido, sopesando-os de modo a conciliá-los, pois seria extremamente danoso para a sociedade o afastamento completo, *prima facie*, de um deles. Para alcançar esse fim, o intérprete deve utilizar o princípio da proporcionalidade, que constitui fundamento formal da Constituição, realizando uma harmonização ou concordância prática em cada caso concreto. O princípio da proporcionalidade relaciona dois elementos – meios e fins – na situação de fato, e se divide em três subprincípios: adequação (o meio deve ser apto para atingir o fim), exigibilidade (o meio escolhido deve ser o que importar menor sacrifício para os direitos fundamentais restringidos) e proporcionalidade em sentido estrito (quando se aponta o meio que soma mais vantagens). Conclui-se, ressaltando a importância da correta solução da colisão de direitos fundamentais, pois assim se está protegendo a dignidade da pessoa humana, ganho inestimável do constitucionalismo moderno.

5. CONTROLE DAS LEIS E DOS ATOS NORMATIVOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

O controle por via de exceção é utilizado dentro da estrutura do Poder Judiciário de forma ampla, exercitando o controle tanto a estrutura do judiciário federal quanto o judiciário estadual.

Conforme Ximenes Rocha:

Desse modo, os juízes e os tribunais estaduais, pela via de controle incidental, exercem, concomitantemente, a jurisdição Constitucional Federal e estadual, podendo declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal, estadual ou municipal perante a Constituição Federal, bem como de lei ou de ato normativo estadual e municipal em face da Constituição do Estado Federado.⁵³

A Constituição de 1988, em seu art.125, §2º, fez surgir um sistema de controle de Constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, que pode ser denominado de microssistema, como bem ressalta Celso Ribeiro Bastos,

Um sistema maior onde o Supremo Tribunal Federal cuida do controle da constitucionalidade das normas e atos Federais e estaduais em face da Constituição Federal. E, na alçada estadual, um outro sistema concentrado que controla a constitucionalidade das normas e atos municipais e estaduais perante a Constituição dos estados, portanto, um microssistema de Controle da Constitucionalidade⁵⁴.

Devido a autonomia constitucional e política de que são dotados os Estados que compõem nossa Federação, torna-se necessário que eles sejam regidos por Constituições próprias e, assim, constituídas de mecanismos que garantam a estabilidade de suas respectivas cartas políticas, detentoras da supremacia constitucional dentro do ordenamento jurídico estadual.

⁵³ ROCHA, Op. Cit., p. 80

⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. p. 413. apud Rocha, Fernando Luiz Ximenes. Controle de Constitucionalidade das Leis municipais. São Paulo: atlas, 2001.p.81

Não poderia ser diferente a autorização expressa pela Constituição de 1988, em seu art. 125, § 2º, criando um sistema dotado de regras de rechaço das demais normas infraconstitucionais dentro do Estado da Federação. Não existindo um sistema de controle de Constitucionalidade dentro do ordenamento jurídico Estadual, estaria ele fadado ao fracasso.

É valido salientar a excelente lição de Ximenes Rocha:

A regra estabelecida no art. 125, § 2º, da Lei suprema, nada mais é do que a afirmação do princípio da autonomia dos Estados Federados, à proporção que confere ao constituinte Estadual a competência exclusiva para criar os mecanismos de defesa da Constituição dele emanada, naturalmente, não podendo esse se afastar dos princípios consagrados na Lei Magna Federal, que balizam a esfera de autonomia dos Estados-Membros.⁵⁵

A autonomia se manifesta, sobretudo e pelo poder de auto-organização, ou seja, na possibilidade de o ente Federativo editar sua constituição e suas leis; ter, enfim, a sua própria ordem jurídica.

Existem alguns limites explícitos que devem ser observados pelo constituinte estadual. Esses limites estão elencados no art. 34 da Constituição Federal. Entre esses limites podemos apontar os princípios Constitucionais sensíveis, descritos no art. 34, inciso VII, da Constituição Federal. Tais princípios são responsáveis pela manutenção da unidade da Federação.

De acordo com Zeno Veloso:

Se o Estado-membro não respeitar qualquer desses princípios constitucionais poderá sofrer intervenção da União (CE, art. 34, VII), que dependerá de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República (art.36, III). Mas a medida excepcional e extrema da intervenção não será tomada, caso o Presidente da Republica baixe decreto que se limite a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade, dispensando a apreciação deste ato Presidencial pelo Congresso Nacional (art.36,§3º). Porém, se este decreto que suspende a execução do ato impugnado não surtir efeito, o Presidente da República, em novo ato, decretará a intervenção,

⁵⁵ ROCHA, Op. Cit., p. 81.

submetendo-a, agora sim, à apreciação do Congresso Nacional, no prazo de 24 horas (art. 36 § 1º)⁵⁶

Percebe-se, assim, mais uma forma de controle jurisdicional de constitucionalidade por via de ação direta interventiva, com o escopo de manter a estabilidade do ordenamento jurídico Nacional.

Alerta, Ximenes Rocha, para a seguinte questão:

Outra questão que merece destaque no campo da ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual é o problema da reprodução de normas da Constituição Federal no texto das Constituições dos Estados. Nesse caso, é preciso saber se o controle concentrado de constitucionalidade da regra infraconstitucional, estadual ou municipal, que venha a ferir dispositivo do Diploma Maior do Estado, repetido da Carta Federal, pode ser aforado perante o Tribunal de Justiça⁵⁷.

O Supremo Tribunal Federal tornou pacífico o entendimento de que ao Tribunal de Justiça dos Estados compete processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual, ainda que se trate de reprodução de preceito da Constituição Federal.

A doutrina classifica e faz a distinção dessas normas reproduzidas de dispositivos constitucionais federais nos textos constitucionais estaduais da seguinte forma: Normas de reprodução obrigatória e normas de imitação.

CLémerson Merlim Cléve, referindo-se à classificação acima, conclui:

Em princípio, apenas as primeiras podem ensejar, no caso de deficiente interpretação, a interposição do recurso extraordinário. As segundas, configurando normas Constitucionais estritamente estaduais, servem de parâmetro definitivo e único para a aferição da validade dos atos normativos e das leis estaduais.⁵⁸

Novamente pondera Ximenes Rocha:

⁵⁶ VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. Belo Horizonte: Del Rey. 2000, p. 333.

⁵⁷ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Controle de Constitucionalidade de Leis municipais. São Paulo: Atlas, 2001.p.84.

⁵⁸ A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Apud Rocha, Fernando Luiz Ximenes. Controle de Constitucional das leis municipais. São Paulo: atlas, 2001. p 85.

Outro aspecto que merece reflexão a respeito das normas de reprodução obrigatória, no plano do controle concentrado exercido pelos tribunais de justiça. É o de que a querela sobre a inconstitucionalidade da norma estadual ou municipal impregnado não se esgota em um único pronunciamento judicial, como é próprio do controle abstrato, uma vez que, como já se disse anteriormente, dessa decisão cabe recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, ao qual compete resolver a questão definitivamente⁵⁹.

⁵⁹ Ibid., p. 85.

6. CONTROLE DAS LEIS E DOS ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Controle das leis e dos atos Normativos municipais em face da Constituição Federal foi excluído pelo poder Constituinte originário do sistema de controle concentrado da constitucionalidade das leis.

Conforme o ensino de Valmir Pontes Filho:

Até então - quando do trato de tema pertinente ao Controle da Constitucionalidade das leis – verificando as hipóteses em que é possível expulsar do sistema – por (formalmente declarada) incompatibilidade com a Constituição da República – as leis federais e estaduais (as quais, à toda Sabença, hão de ter nela, Constituição Federal, seu fundamento de validade). Quanto às leis municipais, uma vez examinados em face da Norma Suprema, já se viu que o respectivo Controle só se dá pela via difusa, é dizer, de exceção, já que o art. 102, I, a, da Lei Maior alude apenas à ação declaratória de inconstitucionalidade de leis federais e estaduais⁶⁰.

O motivo maior que levou o poder Constituinte originário a afastar do Controle Concentrado de Constitucionalidade as leis municipais foi a certeza de que iria sobrecarregar o funcionamento do Supremo Tribunal Federal, tornando-o um órgão ineficiente no cumprimento de suas tarefas, que é a salvaguarda da Constituição Federal.

Pode haver inconstitucionalidade da lei ou ato Normativo municipal diante da Constituição Federal e em face da Constituição Estadual.

Quando a lei municipal for inconstitucional em face da Constituição Estadual, a medida de controle de constitucionalidade a ser utilizada será o método difuso ou concentrado.

⁶⁰ PONTES FILHO, Valmir. Curso Fundamental de Direito Constitucional. São Paulo: Dialético, 2001.p.134

O controle difuso ou por via de exceção é aquele que pode ser exercido por qualquer juiz, cabendo recurso, para o tribunal de justiça. Nesse caso, a incompatibilidade se dá entre lei municipal e a Constituição do Estado-membro. Assim, não caberá recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, pois a Lei municipal não contraria o dispositivo da Constituição Federal.

O poder Constituinte Originário pela art. 125, §2º autorizou o Estado-membro a criar o Método Concentrado, por ação direta, de Competência do Tribunal de Justiça do Estado.

Ocorrendo incompatibilidade entre a lei municipal e a Constituição do Estado-membro o Tribunal de Justiça e jurisdição competente e definitiva para através do controle difuso ou do controle concentrado julgar o conflito.

Conforme a observação de Ximenes Rocha:

No caso de a Lei municipal vir a ser impregnada na via de defesa ou exceção por afrontar a Constituição Federal, as decisões dos tribunais inferiores poderão ser revistas pelo Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso extraordinário, nos termos do disposto no art. 102, III, alínea c, da Constituição Federal⁶¹.

Outra situação é a observada por Ximenes Rocha:

No entanto, tratando-se de violação da Constituição do Estado-membro por lei ou ato normativo municipal, as decisões proferidas por órgãos judiciais inferiores serão revistas tão-somente pelo Tribunal de Justiça, não cabendo o apelo extremo, à mingua de prevenção Constitucional, salva-se a disposição afrontada reproduzir norma Constitucional Federal de observância obrigatória para os Estados Federados⁶².

A Constituição Federal em seu art. 102, I, *a*, só autoriza a ação direta de inconstitucionalidade, em face da Carta Magna, de lei ou ato normativo federal ou estadual.

⁶¹ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais. São Paulo: Atlas, 2001, p. 95

⁶² Idem.

Alguns doutrinadores admitem que a Constituição teria uma lacuna de formulação, e por isso, a referência à lei estadual deveria contemplar também as leis municipais. Assim existiria uma interpretação extensiva da Carta Manga.

De acordo com Zeno Veloso:

A omissão das leis municipais no Texto Magno, não deriva de uma lacuna, de um esquecimento, mas ao contrário, foi proposital, consciente, deliberada, derivada de imperativos práticos, como alude Celso Ribeiro Bastos. Se já é espantoso o número de ações que ingressam no Supremo Tribunal Federal, que está quase submergindo diante de um avalanche de questões, imagina-se o que aconteceria se fosse conferida competência originária para o Excelso Pretório processar e julgar ações diretas de inconstitucionalidade de leis e atos normativos de mais de cinco mil municípios que existem em nosso país.⁶³

Acertada é a posição da doutrina afirmando que a omissão às leis municipais no art. 102, I, *a*, da Constituição é um silêncio eloqüente. O Poder Constituinte Originário foi proposital ao excluir as leis municipais do Controle Concentrado em face da Carta Magna.

Outra problemática que afeta o controle concentrado das leis municipais perante a Constituição do Estado-membro são as normas de reprodução constante, nas Cartas estaduais que são observância obrigatória. A Constituição Estadual reproduz preceito da Constituição Federal.

Interessante a visão de Zeno Veloso a respeito:

No Supremo Tribunal Federal, era remansosa e tranqüila a jurisprudência no sentido de ser incabível ação direta de inconstitucionalidade, perante o Tribunal de Justiça, de atos normativos municipais, em face da Constituição Estadual, repetitivos de princípio Constitucionais Federais (ADIn 347/90, Reclamação 337-0/190; liminar da Reclamação 383/SP). Na Reclamação 370, o Ministro Sepúlveda Pertence argumentou que as normas Constitucionais estaduais que reproduzem normas constitucionais federais obrigatórias a todos os níveis da federação (e cuja eficácia existiria independentemente dessa reprodução) só aparentemente são normas estaduais. A norma verdadeira, no caso, é a que está na Constituição Federal. Então, a ação direta de inconstitucionalidade em face desses preceitos

⁶³ VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. Belo Horizonte: Del Rey. 2000.p.354.

contidos (por reprodução obrigatória) nas Constituições estaduais são, na verdade, ações diretas de inconstitucionalidade em face da Constituição Federal⁶⁴.

O Supremo Tribunal Federal amadurecendo a possibilidade de o Tribunal de Justiça exercer o controle concentrado de lei municipal em face da Constituição Federal passou a entender de modo diverso.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, 11.06.1992, modificou, radicalmente, seu artigo entendimento. Nº. Acórdão da Reclamação 383/SP, relator o Ministro Moreira Alves, o Excelso Pretório decidiu que é possível propor perante o Tribunal de Justiça a ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal violadora de dispositivo da Constituição Estadual, repetitivos de normas Constitucionais federais, sem prejuízo de eventual recurso extraordinário para o Supremo Tribunal (cf. RDA 199/201; 204/249).

Em seu extenso voto, o Ministro Moreira Alves enunciou que a restrição, a qual até então vinha sendo imposto pelo Supremo Tribunal Federal, dada a amplitude da abrangência das normas Constitucionais federais obrigatórias aos diversos níveis de governo da federação, reduzirá a quase nada, praticamente, o parâmetro de aferição da inconstitucionalidade, que é a Constituição Estadual, nos termos da § 2º do art. 125, da Constituição Federal, além do que desaparecerá um dos casos em que a Constituição Federal admite a intervenção pelo Estado nos municípios situados em seu território: o do inciso IV do art. 35 da Constituição Federal (quando “o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual”...). Observou, também, que, tanto para a representação de inconstitucionalidade interventiva quanto para a ação direta de inconstitucionalidade, no âmbito estadual, o inciso IV do art. 35 e o § 2º do art. 125 ambos da Carta Magna, estabeleceram como parâmetro a Constituição Estadual, sem qualquer distinção com relação às normas nela contidas.⁶⁵

Mesmo diante de toda a problemática causada pela não-inclusão do controle concentrado das leis municipais em face da Constituição Federal, podemos observar que resta ao cidadão o controle por via de exceção para defender os seus direitos fundamentais por acaso violados por algum ato do legislador municipal.

⁶⁴ VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p 355.

⁶⁵ Ibid. p.356.

Sem o controle concentrado das leis municipais em face da Constituição Federal, estamos diante de um estado de instabilidade da Carta Magna, pois a Lei municipal que viola preceito maior da Constituição Federal permanece intacta dentro do ordenamento jurídico malferindo a estabilidade e a eficácia da Carta Magna .

Os direitos fundamentais são os que estão mais ameaçados pelo ataque violador do legislador municipal, porquanto os direitos fundamentais não têm a proteção dimanada de um método de controle concentrado de Constitucionalidade.

Deixar permanecer eficaz a lei municipal que viola preceito constitucional é extremamente perigoso para a estabilidade do ordenamento jurídico e manutenção da paz social.

CONCLUSÃO

O maior problema enfrentado pela ciência do direito é o homem e a norma jurídica. O criador e a criatura respectivamente são os maiores empecilhos para uma salutar ciência jurídica.

O homem é um ser falível, além de dotado de uma elevada carga ideológica que inevitavelmente irá transpor para a norma jurídica no momento de sua criação. A norma jurídica produto do homem é dotada de uma ideologia que atenda aos interesses de quem detenha o poder no momento de sua criação.

É sabido que dentro do ordenamento jurídico temos os mais variados órgãos produtores de normas. Assim, esses diversos órgãos encarregados de produzir normas irão deixar transparecer os mais variados fundamentos ideológicos na elaboração de suas normas. Percebe-se, assim, o conflito de muitas normas devido a norma jurídica dotada de certa carga ideológica ser um produto cultural do homem.

Para alcançarmos a pureza da ciência jurídica deveríamos pensar como colocar a norma jurídica acima da vontade dos homens. Penso, com muita tristeza, nunca vamos conseguir colocar a norma jurídica acima da vontade dos homens.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celson Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação Constitucional**. São Paulo: Celson Bastos Editor, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculações de legislador**. Coimbra: 1994.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almeida, 2003.

DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. São Paulo: 3ª ed. Revista dos tribunais, 1992.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RCS, 2005.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo Atlas, 2003.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1998.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da Inconstitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Foureense, 1995.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de Constitucionalidade das leis municipais**. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2002.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.