

Texto, Norma e Valor – a Evolução na Constituição Federal de 1988

NAGIB SLAIBI FILHO

Desembargador TJ/RJ. Professor da EMERJ

1. A consciência progressiva da Constituição

Talvez ainda não se tenha suficiente distanciamento histórico para apurar o quanto a Constituição de 1988 contribuiu para o aprimoramento das instituições sociais, políticas e econômicas de nosso país.

Nem se diga que os 15 anos que transcorreram desde a sua promulgação representa um período significativo, período pequeno na vida das nações, embora tenham sido relevantes no nosso Direito Constitucional, levando em conta que as Constituições de 1934, 1937 e 1967 (na versão original) tiveram existência bem menor.

Os estudiosos da Ciência Política que vieram do regime decaído, curtidors com as idiosincrasias de diversos governos autoritários que constituíram monótona constância da História pátria, estão hoje impressionados com o quanto a compreensão da norma constitucional evoluiu desde aquele 5 de outubro, às 16:00 horas, em que Ulysses Guimarães promulgou a denominada *Constituição-cidadã*.

Constituição-cidadã, sim, pois aí está a diferença entre a Carta de 1988 e a Constituição anterior, esta voltada para o poder, aquela para a pessoa, o cidadão, o indivíduo, o ser humano, que é a razão, o meio e a destinação do Poder.¹

Rememore-se trecho do prefácio que acompanhava a primeira edição da nova Constituição preparada pelo Centro Gráfico do Senado Federal, sob ordem de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, texto que depois foi expurgado das edições posteriores, pois, realmente, não se inclui no texto constitucional oficial:

O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, anal-fabeto, sem saúde, sem casa, portanto, sem cidadania.

A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o País. Diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem.

Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança.

¹ Das palavras de Abraham Lincoln em seu curto discurso de Gettysburg se extrai o conceito analítico da democracia: o governo do povo, para o povo e pelo povo.

É a Constituição-cidadã.

Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar.

Até hoje há quem diga que a Constituição de 1988 qualifica-se como *constituição utópico-idealista*, expressão criada pelo sociólogo fluminense Oliveira Vianna, para significar os documentos constitucionais que se perdem visionariamente sem nunca alcançar um lugar (**topoi**) onde pudessem se estabelecer e cumprir a sua destinação histórica.

Mas a Constituição nada mais é do que o reflexo de seu criador, como lembrei na apresentação de obra editada logo após a entrada em vigor da nova Lei Maior:

A Constituição, legitimada pela aceitação da maioria, não é só um fenômeno restrito ao interesse dos juristas: antes de ser o Código Político, é o estuário em que se precipitam as dúvidas, as crises, os sonhos e a realidade de toda a sociedade.

A Constituição é a criatura cujo criador, consciente de suas imperfeições, tenta mudar a História, aspirando a um ato tão perfeito que suplante seus caracteres humanos.

Depositam-se na nova Constituição todas as esperanças.

Dela se pretende que, em um só mágico movimento, o destinado seja alterado pela libertação de todas as cadeias; nela suspeitam-se as artimanhas do inimigo e escamoteiam-se os pecados que refletem a própria alma – alguns apenas vislumbram os próprios direitos e privilégios, esquecidos de que os mesmos só existem porque todos temos deveres e obrigações. Ela não é somente uma neutra enumeração de órgãos públicos, fins do Estado, direitos e deveres individuais e coletivos ou um nebuloso programa de atuação – o que nela importa prepondera sobre todas as outras facetas, é o modo de funcionamento, pelo qual se realiza, transforma a realidade e cumpre o fim esperado.²

À época da promulgação do nosso longo texto de Constituição tínhamos o estranho hábito de menosprezar os imensos esforços de redemocratização³ e de afirmação do indivíduo perante o Poder, muitos lem-

² Nagib Slaibi Filho, **Anotações à Constituição de 1988 – aspectos fundamentais**, 1ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1989.

³ E por acaso éramos antes uma democracia? Na década de 70 até mesmo se falava em *democracia possível*, enquanto alguns poucos ainda resistiam dizendo que a democracia dispensa adjetivos, pois o que nela importa é a substância da consciência individual e social, da participação e da responsabilidade, não a qualificação... Hoje se mostra incompreensível a cena da multidão reunida na Candelária, na malograda campanha das Diretas-já, em 1984, emocionada até às lágrimas ao presenciar o velho advogado Heráclito Fontoura Sobral Pinto reduzir o seu discurso a uma frase: *Todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido!* Aliás, jocosamente alguém lembrara que não existe *democracia à brasileira*, mas somente *peru à brasileira*...

brando que devíamos haurir exemplo na concisa Constituição americana, promulgada em setembro de 1787, que teria somente 13 artigos e só 26 emendas, enquanto o Brasil espantava o mundo, pois já contávamos com 7 Constituições, a metade delas outorgada, e somente a última, editada em 1967 e reformulada completamente em 1969, já contava com 26 emendas...⁴

O que poucos timidamente ousavam dizer é que os 13 artigos da Constituição estadunidense não podem ser comparados aos nossos artigos, mas, sim, aos nossos capítulos e títulos legislativos, e que lá, como aqui, o que importa não é o texto ou o dispositivo, mas as regras de conduta ou normas que dele podem ser extraídos, e que tais regras eram e são estabelecidas a cada momento histórico pelos juízes, principalmente as Cortes constitucionais, encarregadas da guarda da Constituição, pois os magistrados tem por função concretizar o que a lei prevê genérica e abstratamente.

Nestes 15 anos, já tivemos quase meia centena de emendas constitucionais e de revisão à Constituição, número que parece expressivo, mas que na verdade ainda se mostra tímido, pelo que tanto anseia o País por reformas como a política, a tributária, a previdenciária, a da Justiça e tantas outras.

Evidentemente, eventuais reformas serão procedidas através de mutações formais (ou emendas constitucionais),⁵ o que não afasta a importância das mutações informais da Constituição, aliás as que realmente sobrelevam, em verdadeira revolução silenciosa que o Brasil tem realizado sob a vigência da Constituição de 1988.⁶

⁴ Contudo, a França já ofereceu ao mundo um número bem mais elevado de Constituições, algumas delas inovadoras, noticiando-se que a Constituição da V República, de 1958, está em processo de reforma para introduzir – quem diria! – o controle incidental de inconstitucionalidade que herdamos dos Estados Unidos.

⁵ Aliás, a reforma (*re+forma*) significa simplesmente conceder ao objeto uma forma ou exteriorização diferente, sem relevante alteração da essência; já a revolução (*re+evolução*) é uma alteração da essência ou da substância e não, simplesmente, um novo meio de exteriorização. Por exemplo, desde a Constituição de 1934 se fala em reforma do Judiciário, o que parece hoje tão difícil de acontecer, pois o Congresso Nacional sequer se animou, em 10 anos, a debater o projeto de lei que lhe foi remetido pelo Supremo Tribunal Federal, como previsto no art. 93 da Constituição de 1988. Sucessivos governos, ao menos em época de eleições, se dizem interessados no tema mas nada tem sido feito, o que nos traz à lembrança a afirmação do grande político mineiro, Bernardo Pereira de Vasconcellos, em 1840, a lembrar que *nada mais parecido com um saquarema* (conservador) *que o luzia* (liberal) *no poder*. Os governantes oriundos de correntes ideológicas antagônicas se alternam no poder e a reforma do Poder Judiciário não sai...

⁶ Utilizamos a expressão *mutação* no sentido que Anna Cândida da Cunha Ferraz apresentou em sua obra **Processos informais de mudança na Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**, 1ª edição, São Paulo, Editora Max Limonad, 1986. A mutação informal se dá através da alteração da compreensão da Constituição através dos processos de sua realização pelos agentes concretizadores, como o Congresso Nacional, a magistratura, a mídia etc.; enfim, o destinatário e sujeito da História, o cidadão que atua na

Enfim, a grande reforma constitucional não se fez através de emendas formais, mas através de uma formidável mutação informal conduzida judicialmente e motivada pela consciência progressiva da comunidade jurídica brasileira sobre o significado da Constituição.⁷

O que pretendemos aqui é examinar sumariamente a revolução histórica de evolução da consciência jurídica pátria, o que é o principal legado da Constituição de 1988.

2. Texto, norma e valor

Estamos saindo daquele nível jurídico rudimentar que se assentava na bronca e presumida sacralidade do texto legal para alcançar a compreensão da norma concreta de resolução de cada caso inspirada nos valores protegidos pela Constituição.

Finalmente, nos desentocamos da mera interpretação literal ou gramatical, transcendendo a interpretação sistemática, para chegar à compreensão da Constituição muito além da sua letra.

Note-se que tal idéia é somente possível para aqueles que conseguem distinguir entre *texto* ou *dispositivo*, *norma* ou *regra de conduta* e *valor* ou *objetividade jurídica*, institutos claramente diferenciados.

O texto consiste nos símbolos gráficos que pretendem expressar o significado, o conteúdo e a extensão das regras de conduta; assim, o texto é finito e limitado.

A norma tem no texto o seu ponto de partida, mas vai muito além dele, como se pode ver, por exemplo, no texto do inciso LVI do art. 5º – *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos* –, do qual podem se extrair várias normas, entre elas *são admissíveis no processo todas as provas obtidas por meios lícitos*. Em conseqüência, como são admissíveis no processo quaisquer provas, desde que obtidas por meio lícito, tem-se norma de supremacia, assim revogadora das inferiores, sobre as normas infraconstitucionais que regulavam a formulação de prova, como, por exemplo, o disposto no art. 401 do Código de Processo Civil, ao limitar a prova exclusivamente oral aos contratos que não ultrapassem o valor de dez salários mínimos.

Veja-se, neste exemplo, a impressionante força normativa da Constituição, pois o que está escrito no art. 5º, LVI, é o mesmo que está, com pequenas alterações, no art. 332 do Código de Processo Civil; contudo, a norma processual civil não tem o condão de revogar as normas ordinárias, que, por sua vez, cedem à supremacia da norma constitucional.

⁷ Trata-se de paráfrase à expressão de Hegel que mestre Luiz Pinto Ferreira tanto divulgou: *a História é a consciência progressiva da Liberdade*.

Da idéia de que de um texto constitucional ou legal ou contratual (dispositivo, artigo, parágrafo, cláusula etc.) podemos extrair diversas normas de conduta para o caso concreto, inspiraram-se os autores em apontar as infinitas possibilidades normativas na resolução dos casos concretos.⁸

A interpretação da Constituição passou a ser livre, legitimados para tal empreendimento cívico todos os integrantes da comunidade e até mesmo o cidadão comum; contudo, tal interpretação livre não exclui a autoridade dos agentes públicos que fazem cumprir a Lei Maior, principalmente os magistrados e, entre eles, o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional.

O texto é genérico e abstrato, a norma é concreta e individual e somente incide na resolução do caso concreto pela intrínseca e invencível impossibilidade do legislador, por mais bem intencionado que seja, de regular toda a multidão de casos que surgem a cada momento histórico em sociedades pluralistas e de segmentos tão diferenciados como a brasileira.

Na tríade dos Poderes da República, o texto legal é obra do legislador, mas a norma que constitui a regra de conduta no caso concreto é produto do governo na atuação em prol do interesse público ou da jurisdição, na satisfação da parte que estiver com a razão.

E é por isso que se aponta que o século XIX foi o século do Parlamento, o século XX ficou estigmatizado pelo que se denomina no Brasil de *hipertrofia do Poder Executivo* e o século XXI será o século do Poder Judiciário, o único segmento do Poder Público que pode ser acionado pelo indivíduo, até mesmo pelos mais fracos, ainda que em antagonismo ao próprio Estado ou a poderosa organização econômica.⁹

Nos países que adotam o sistema de direito positivado, o legislador se viu forçado a reconhecer a sua incapacidade de previsão dos fatos, como se vê no art. 126 do Código de Processo Civil: *O juiz não se exime de sen-*

⁸ A ampla possibilidade normativa da Constituição moderna, muito mais do que a extensão da nossa Lei Maior, é que desanimou os publicistas de realizar obras, como aquelas tão conhecidas na área de Direito Penal e de Direito Processual, em que se examina exaustivamente cada dispositivo legal. Aliás, a extensão da nossa Constituição, muito mais do que as sucessivas emendas constitucionais, desanimou os autores na tentativa de produção de comentários como aqueles que Pontes de Miranda fez para as Constituições anteriores.

⁹ A Ciência Política tem apontado, nos últimos 50 anos, que a grande ameaça de opressão ao indivíduo não mais tem fonte no Poder Público, mas nos organismos econômicos e sociais, notadamente as empresas que dominam com exclusividade a produção de bens e serviços essenciais como as corporações profissionais que instituem entraves ao direito da livre iniciativa econômica.

tenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito.

Pela própria dicção legal, do texto somente decorrem as *normas legais*; se o texto é lacunoso ou obscuro, ainda assim o juiz se vê compelido a decidir, pois ele é segmento do Estado e não pode dispor da própria autoridade.

O texto pode se apresentar como artigo, seção, inciso, parágrafo, como recomenda a tradição nomográfica¹⁰ brasileira.

A norma, quanto à sua abrangência, pode se denominar *princípio* (a norma dotada de maior abstração, como os princípios fundamentais constantes do Título I da Constituição) e *regra* ou *preceito* (a norma mais específica, como o disposto no art. 242, § 2º); quanto à sua eficácia, já não se fala mais em normas de eficácia plena, contida ou limitada, na classificação popularizada por José Afonso da Silva, partindo-se do pressuposto de que toda norma, com fonte na Constituição, tem eficácia e aplicação direta e imediata, como está no art. 5º, § 1º.

O texto é produto da Política, a Ciência do poder, que é a capacidade de alterar a conduta.

A norma é produto do Direito, a Ciência, da norma de conduta.

O valor é produto da Ética, a Ciência, da conduta.

A supremacia da Constituição sobre todos os atos estatais vincula juridicamente os atos dos Poderes da República, lembrando-se, neste aspecto, Carl Schmitt, que, há oitenta anos, apontava a natureza jurídica da Constituição como a *transição entre a Política e o Direito*, isto é, a Constituição é a limitação jurídica do poder político.

O extenso texto da Constituição de 1988 alberga valores que geralmente se mostram conflitantes, como se extrai, por exemplo, do disposto do art. 220, § 1º: *nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV*. Enfim, a lei não pode instituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística, valor que o juiz deve sopesar em cada caso com os valores da dignidade

¹⁰ Nomografia é a ciência cujo objeto é a escrita das leis: *nomo*=*norma* e *grafia*=*grafar* ou *escrever*. A técnica de redação das leis guarda características próprias em cada país, embora cada vez mais se internacionalize por força dos modelos adotados pelas declarações universais, tratados e demais atos internacionais, inclusive e principalmente aqueles formulados por agentes que não constituem pessoas jurídicas de direito público, entre elas as entidades esportivas como a FIFA e o Comitê Olímpico, que usualmente adotam os padrões nomográficos da Europa Continental.

humana decorrentes do disposto nos mencionados incisos do art. 5º.¹¹

A cada momento de seu ofício, incumbe ao juiz descobrir a norma aplicável ao caso concreto, lembrando-se, aqui, de Ronald Dworkin: o *Direito, e desde logo o Direito Constitucional, não se inventa, descobre-se.*

Então o Direito não está somente no texto, nem o direito subjetivo (o poder da vontade voltado à satisfação de um interesse juridicamente protegido, no conceito de Andréas von Thur) se confunde com o direito objetivo (a previsão jurídica do interesse), daí se apurando que não se mostra fechado ou estrito o imenso rol dos direitos objetivos constantes nos diversos incisos do art. 5º da Constituição, mesmo porque *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime (democrático) e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

3. Ultrapassagem dos conceitos de constituição formal e material

A avançada (para a época) Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I, dispunha que somente seriam constitucionais as matérias referentes à declaração de direito e à organização do Poderes, e que tudo o mais poderia ser modificado pelo legislador ordinário.

Até hoje se fala em Constituição do Estado, isto é, o segmento constitucional que regula o funcionamento do Poder e, conseqüentemente, declara os direitos e garantias dos indivíduos em face do Poder Público. Note-se: nesta visão da Constituição, o que importa é o Poder, não o indivíduo.

Mas as Constituições do século XX extrapolaram desse restrito conteúdo e cada vez mais dispuseram sobre os mais variados temas, como se pode ver na Carta de 1988, cujas disposições avançam sobre temas tão variados como o casamento, a união estável, o regime jurídico dos idosos, dos portadores de necessidades especiais, dos indígenas, da localização do Colégio Dom Pedro II no Rio de Janeiro, do confisco de

¹¹ *Imprensa. Ofensas à honra de professor. Dano moral. A imprensa, por sua indiscutida importância no regime democrático, considerado mesmo um quarto poder, tem e deve ter a sua liberdade e expressão garantida, como preservado deve ser o direito da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, uma e outra coisa merecendo expressa garantia constitucional. Admite-se, portanto, que a imprensa noticie os fatos em que se envolvem as pessoas, não importando sejam eles criminosos ou que venham a afetar a sua intimidade ou a sua honra. Preciso é, no entanto, que os fatos sejam verdadeiros. Desse modo, havendo publicação, em órgão da imprensa, de fatos que não se comprovaram verdadeiros e em linguagem grosseira e altamente ofensiva à honra de um professor, cabe o quantum indenizatório por dano moral fixado dentro dos limites estabelecidos pelo art. 51, inc. IV, combinado com o art. 52 da Lei 5.250/67 (TJ-RJ, 2ª Câmara Cível, unânime, reg. em 19-5-94, Ap. 2.507/93, Capital, Rel. Des. Murillo Fábregas).*

bens dos traficantes etc.¹²

Daí resultou que o conteúdo constitucional se tornou extremamente variado e até mesmo decorre de regulação indireta pela Constituição, como, *v. g.*, o princípio da proibição de discriminação (art. 3º, IV) que é utilizado pelas minorias como fundamento de transformação.¹³

Ficou assim ultrapassado o conceito de constituição material, assunto que somente se destacou no século XIX.

Também quanto ao conceito de constituição formal, grandes alterações se verificaram, alterando o posicionamento anterior de se admitir como forma de constituição todos os atos emanados dos poderes constituintes originário e de emenda.

Hoje se fala em interpretação principiológica, a significar o peso preponderante dos princípios em face das regras ou preceitos, aqueles dotados de maior abrangência e menor densidade, estes específicos e de maior concretude.¹⁴

Nesse aspecto, os princípios da razoabilidade e da proporciona-

12 O que se vê nestes últimos anos é o texto da Constituição servir de bloqueio ou seguro contra eventuais maiorias parlamentares; a matéria que deveria ser tratada em lei infra-constitucional ou mesmo em decreto regulamentar acaba ganhando patamar constitucional. Destaque-se, neste aspecto, a minudência das disposições que são propostas nos debates sobre a reforma tributária, em que os agentes federais, estaduais e municipais se servem do texto para se forrar de alguma perda fiscal, sem dar guarida ao contribuinte que reclama do peso excessivo da tributação...

13 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tem admitido recurso extraordinário nos casos em que se considera que a violação da Constituição ocorreu indiretamente. Embora assim tenha considerado há alguns anos, desta forma negando a conhecer de milhares de recursos excepcionais, tal posicionamento tem merecido veementes críticas por representar insuportável limitação à cognição do Excelso Pretório, levando outros a propor a adoção do critério da arguição de relevância, em que caberia ao recorrente demonstrar que o interesse do recurso ultrapassa os meros lindes do interesse individual.

14 TJ-RJ, 13a Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2000.002.14228, julgado em 22/03/2001, Relator Des. Nagib Slaibi Filho, unânime, com a seguinte ementa: Direito Civil. Ação de investigação de paternidade. Exame de DNA comprovando a paternidade. Pedido incidental de alimentos. Mostra-se compatível com a ordem jurídica a concessão de alimentos provisórios em ação de investigação de paternidade em que o exame de DNA indica altíssima probabilidade do sucesso da demanda. Decorre a plausibilidade do alegado direito do exame do DNA a constatar a paternidade, mesmo porque não há de se condenar o alimentado a aguardar o incerto dia do trânsito em julgado. Provedimento do recurso. Consta do voto do relator: Aqueles que adotam a vertente em contrário sentem-se ainda impressionados pela interpretação literal do disposto no art. 348 do Código Civil: "Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro". É certo que ainda não consta no registro de nascimento do investigante, como seu

lidade, que sequer mereceram texto expresso na Constituição de 1988 e que, mesmo assim, por construção doutrinária e jurisprudencial, ganharam tanta importância e relevo que não poucas decisões judiciais simplesmente se referem a eles como fundamentação, sem sequer explicitar o nexo com o caso em julgamento.

Então a constituição formal perde a sua importância, porque os operadores do Direito estão aplicando normas que são apreendidas não pela interpretação literal ou filológica, mas por interpretação sistemática e até mesmo axiológica.

A ultrapassagem dos conceitos de constituição material e constituição formal se deve não ao tão alardeado desprestígio da Constituição,¹⁵ mas porque o sistema jurídico moderno não tem mais fundamento em níveis ou patamares, como aprendemos pela pirâmide que Merkl e Kelsen popularizaram no século XX, mas em *normas centrais*, ou normas que estão no centro do ordenamento jurídico no sentido de sua densidade normativa de proteção de valores essenciais, fontes da legitimidade das demais normas.

4. Interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução do texto

Sobre o tema, ouça-se o notável mestre Paulo Bonavides:¹⁶

Em rigor, não se trata de um princípio da interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a Constituição.

genitor, o ora investigado. No entanto, realizou-se exame de DNA a indicar uma probabilidade de 99,99998% a favor de ser o agravado o pai biológico do agravante. O princípio da verdade real como reitor do processo, como se extrai do disposto no art. 5o, LVI, da Carta de 1988 – são admissíveis no processo todos os meios lícitos de prova – tem o condão de impregnar, mediante a denominada interpretação conforme a Constituição, todas as normas infraconstitucionais, não se podendo, assim, bloquear a prestação de alimentos, no caso, pelo fundamento, que se verifica insuficiente, de que ainda não se inscreveu no registro civil a paternidade ora investigada. Decorre a plausibilidade do alegado direito do exame do DNA a constatar a paternidade, mesmo porque não há de se condenar o alimentado a aguardar o incerto dia do trânsito em julgado.

¹⁵ *O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que, estimulando gravemente a erosão da consciência constitucional, evidencia o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelos poderes do Estado*, trecho da ementa no Mandado de Injunção 470-6-RJ, STF, Pleno, relator o Ministro Celso Mello, julgado em 15/2/95.

¹⁶ Paulo Bonavides, **Curso de Direito Constitucional**, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 474.

Método especial de interpretação, floresceu basicamente durante os últimos tempos à sombra dos arestos da Corte Constitucional de Karlsruhe, na Alemanha, que o perfilhou decididamente, sem embargo das contradições de sua jurisprudência a esse respeito.

A Verfassungskonforme Auslegung, consoante decorre da explicitação feita por aquele Tribunal, significa na essência que nenhuma lei será declarada inconstitucional quando comportar uma interpretação “em harmonia com a Constituição”, e, ao ser assim interpretada, conservar seu sentido ou significado.

Uma norma pode admitir várias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento da inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada conforme a Constituição, será, portanto, considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição.

Estabelece a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:¹⁷

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, estadual e municipal.

Em conseqüência, a interpretação conforme a Constituição pode se operar com declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução do texto.

¹⁷ Sobre a mencionada lei, há ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, em que não se concedeu liminar, para o que, no entanto, não se vislumbra plausibilidade, pois mesmo antes da edição da lei a adoção da interpretação conforme a Constituição já era praxe no controle incidental de inconstitucionalidade.

A força vinculante da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive da interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, tem sido tema merecedor de especial atenção de todos em face da natureza jurídica claramente legislativa do Excelso Pretório, com efeitos *erga omnes*, não só nas ações de inconstitucionalidade, como, também, na resolução dos casos concretos como decorre do disposto nos arts. 481, parágrafo único, e 557, *caput*, e § 1º A, todos do Código de Processo Civil.¹⁸

5. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Quando surgiu a Constituição de 1988, digladiavam-se os professores de Direito Constitucional no debate ferrenho sobre o que denominavam de *efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, buscando armas na doutrina clássica, principalmente Rui Barbosa, que dizia que a inconstitucionalidade é irrita, nula e sem efeito algum.

Tal posicionamento decorria do fato de que não se distinguia ainda perfeitamente sobre os planos de realização do ato jurídico¹⁹ e somente se atribuía aos tribunais o poder de dispor a sua decisão de força de lei somente para as partes, como decorre do disposto nos arts. 468 e 472 do Código de Processo Civil.

No entanto, adotando a Corte Suprema cada vez mais o papel de Corte Constitucional segundo o modelo parlamentar da Europa Continental, principalmente o paradigma da Corte alemã, veio como corolário lógico o seu poder de proclamar a inconstitucionalidade de forma diferida no tempo, como se vê, v. g., no seguinte precedente noticiado no Informativo nº 304, de abril de 2003:

¹⁸ O Supremo Tribunal Federal é órgão de cúpula do Poder Judiciário, como decorre do disposto no art. 92, e guardião da Constituição (art. 102), e ganhou gradativamente o papel de Corte Constitucional segundo o modelo parlamentarista da Europa Continental, assim se afastando do modelo presidencialista da Suprema Corte estadunidense. Interessante observar que o caráter vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal tem decorrido não por sua própria construção mas em decorrência de leis votadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo Presidente da República, como a mencionada Lei nº 9.868/99. Elogiável assim a prudência da nossa Corte Suprema que tem relutado em exercer a plenitude de seu papel de Corte Constitucional, segundo o modelo europeu, certamente em homenagem ao regime presidencialista que caracteriza a nossa organização política, afirmado não só pelo disposto no art. 2º da Constituição como, principalmente, por dois plebiscitos (1963 e 1993) em que o parlamentarismo foi fragorosamente batido.

¹⁹ Entre nós, sobre o tema, ver Pontes de Miranda, Luiz Roldão de Freitas Gomes e Marcos Bernardes, em conhecidas obras sobre o ato jurídico no Código Civil de 1916.

Serventia Judicial e Art. 27 da Lei 9.868/99.

Concluído o julgamento de embargos de declaração opostos contra acórdão que, em ação direta, declarou a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 9.880/93, na redação dada pelo art. 1º da Lei 10.544/95, ambas do Rio Grande do Sul — que admitia a reversão do sistema estatizado para o privatizado de custas em cartórios judiciais, vedando ao escrivão que optasse pelo regime privatizado o retorno ao sistema oficializado de remuneração, por ofensa ao art. 31 do ADCT da CF/88, que define como estatais as serventias dos foros judiciais, respeitados os direitos dos titulares (v. Informativo 300). Pretendia-se, na espécie, a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99, a fim de preservar as relações estabelecidas durante a vigência da lei inconstitucional, em razão da circunstância de já existirem diversas serventias providas dessa maneira, cuja desconstituição acarretaria despesa de grande vulto para os cofres públicos do Estado. O Tribunal, por maioria, rejeitou os embargos por entender não haver qualquer omissão, obscuridade ou contradição a serem sanadas no acórdão embargado, porquanto a declaração de inconstitucionalidade de lei tem efeitos ex tunc, salientando, ademais, que o próprio art. 27 da Lei 9.868/99, cuja constitucionalidade está sendo questionada na ADI 2.154-DF, prescreve uma faculdade a ser exercida em casos excepcionais e não uma imposição ao julgador para se manifestar sobre sua aplicação em todos os casos. Vencidos os Ministros Ilmar Galvão, relator, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Nelson Jobim e Maurício Corrêa, que votaram no sentido de prover os embargos para fixar que a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada tem eficácia a partir da concessão da liminar na ação direta (Lei 9.868/99, 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”). ADI (ED) 1.498-RS, rel. orig. Min. Ilmar Galvão, red. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, 10.4.2003. (ADI-1498.)

Vale destacar que não se têm notícias do reconhecimento de inconstitucionalidade das normas que se extrai do disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, que, aliás, tem sido aplicado com tranqüilidade pelo Plenário do mais Alto Tribunal.

Não só o Plenário do Supremo Tribunal Federal, mas também os Tribunais de Justiça dos Estados, estes ao processar e julgar as representações de inconstitucionalidade do art. 125, § 2º, ganharam competência funcional para o reconhecimento diferido no tempo da declaração de inconstitucionalidade, podendo estabelecer, fundamentadamente, o termo inicial da eficácia da proclamação da inconstitucionalidade da norma infraconstitucional.²⁰

6. A norma “ainda” constitucional

Outro tema interessante enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal é o da *norma ainda constitucional*.

Simplemente da expressão pode surgir perplexidade para aqueles que consideram a constitucionalidade ou inconstitucionalidade como efeito necessário e obrigatório da compatibilidade ou não da norma inferior com a norma constitucional superior.

Mas a Constituição não é algo estático, que não se altere. A Constituição é um processo de apreensão do significado da norma jurídica e, como processo, admite assim critérios de progressividade.

Nesse sentido, colhe-se de voto do Ministro Gilmar Mendes transcrito no **Informativo 306**, de abril de 2003:

*O exame dessa questão avivou-me a memória para uma reflexão de Gustavo Zagrebelsky sobre o **ethos** da Constituição na sociedade moderna. Diz aquele eminente Professor italiano no seu celebrado trabalho sobre o direito dúctil – il diritto mitte:*

*“As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma” (Zagrebelsky, **El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia**, trad. de Marina Gascón, 3ª edição, Madrid, Ed. Trotta, 1999, p. 13).*

²⁰ Tema recorrente no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem sido o pedido formulado pelas Procuradorias dos Municípios dos efeitos diferidos em ações de declaração de inexigibilidade da cobrança do IPTU e taxas de coleta de lixo e de iluminação, declaradas inconstitucionais por decisões do Supremo Tribunal Federal em 1997 e 1998, em que o município pretende a restituição do indébito tributário desde os cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda.

Em seguida, observa aquele eminente Professor:

*“No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da não-contradição – válido para a **scientia juris** – não deveria obstaculizar a atividade própria da **jurisprudência** de intentar realizar positivamente a ‘concordância prática’ das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. ‘Positivamente’: não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto (Zagrebelsky, **El Derecho Dúctil**, cit., p. 16). Por isso, conclui que o pensamento a ser adotado, predominantemente em sede constitucional, há de ser o ‘pensamento do possível’. Leio, ainda, esta passagem desse notável trabalho:*

*‘Da revisão do conceito clássico de soberania (interna e externa), que é o preço a pagar pela integração do pluralismo em uma única unidade possível – uma unidade dúctil, como se afirmou – deriva também a exigência de abandonar a soberania de um único princípio político dominante do que pode extrair-se dedutivamente todas as execuções concretas sobre a base do princípio da exclusão do diferente, segundo a lógica do **aut-aut**, do ‘ou dentro ou fora’. A coerência “simples” que se obteria deste modo não poderia ser a lei fundamental intrínseca do direito constitucional atual, que é, precipuamente, a lógica do **et-et** e que contém por isso múltiplas promessas para o futuro. Neste sentido, fala-se com acerto de um “modo de pensar do possível” (Möglichkeitsdenken), como algo particularmente adequado ao direito do nosso tempo. Esta atitude mental “possibilista” representa para o pensamento o que a “concordância prática” representa para a ação” (Zagrebelsky, **El Derecho Dúctil**, cit., p. 17).*

No mesmo despacho ora transcrito parcialmente, há referência ao precedente firmado no Recurso Extraordinário Criminal nº 147.776, sob o relato do Ministro Sepúlveda Pertence:

Ministério Público: Legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328): processo de inconstitucionalização das leis.

1. *A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia **ex tunc** faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da constituição — ainda quanto teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada — subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.*

2. *No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68, C. Pr. Penal — constituindo modalidade de assistência judiciária — deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que — na União ou em cada Estado considerado —, se imlemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68, C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328” (RECrIm 147.776-8, Rel. Sepúlveda Pertence, Lex-JSTF, nº 238, p. 390).*

Vê-se, assim, que a apreensão do significado da Constituição não constitui ato unissubsistente, mas um processo ou conjunto de procedimentos que parte do texto mas vai muito além deste.

7. Bloco de constitucionalidade

Não se pode perceber o significado da Constituição meramente através de um ou mais dispositivos esparsos, pois a constitucionalidade ou inconstitucionalidade somente pode ser percebida através de um paradigma ou “bloco”.

Sobre o tema, como de outras vezes, melhor se curvar à extraordinária capacidade didática do Ministro Celso de Mello:

ADIn 595-ES*

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO. A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/ INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO. A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO

SEU CONTEÚDO. O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS. NECESSIDADE DA VIGÊNCIA ATUAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL ALEGADAMENTE VIOLADO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO/SUPRESSÃO DO PARÂMETRO DE CONFRONTO. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA.

- A **definição** do significado de **bloco de constitucionalidade** – **independentemente** da abrangência material que se lhe reconheça – **reveste-se** de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, **pois** a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como **fator determinante** do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política.

- A **superveniente** alteração/supressão das normas, valores e princípios **que se subsumem** à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em **descaracterização** do parâmetro constitucional de confronto, **faz instaurar**, em sede de controle abstrato, situação configuradora de **prejudicialidade** da ação direta, **legitimando**, desse modo – ainda que mediante **decisão monocrática** do Relator da causa (RTJ 139/67) – a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

Doutrina. Precedentes.

Consta da sua decisão:

A busca do paradigma de confronto, portanto, significa, em última análise, a procura de um padrão de cotejo, que, **ainda em regime de vigência temporal**, permita, ao intérprete, o exame da **fidelidade hierárquico-normativa** de determinado ato estatal, **contestado em face da Constituição**.

Esse processo de indagação, no entanto, **impõe** que se analisem **dois (2) elementos essenciais** à compreensão da matéria ora em exame. **De um lado**, põe-se em evidência o **elemento conceitual**, que consiste na **determinação da própria idéia de Constituição** e na **definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas** que lhe dão consistência. **De outro**, destaca-se o **elemento temporal**, cuja configuração torna imprescindível constatar se o padrão de confronto, alegadamente desrespeitado, **ainda vige**, pois, **sem a sua concomitante existência**, **descaracterizar-se-á** o fator de contemporaneidade, **necessário** à verificação desse requisito.

No que concerne ao **primeiro** desses elementos (elemento con-

ceitual), **cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite**, na elaboração desse conceito, que sejam considerados **não apenas os preceitos de índole positiva**, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o **texto escrito da Constituição**), **mas, sobretudo, que sejam havidos**, igualmente, por relevantes, em face de sua **transcendência** mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado.

Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e **para além** de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar – **distanciando-se**, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico – que a Constituição da República, **muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se**, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/289, 292 - RTJ 77/657). **É por tal motivo** que os tratadistas – **consoante observa JORGE XIFRA HERAS (“Curso de Derecho Constitucional”, p. 43) – , em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado – revestido de maior ou de menor abrangência material – projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infra-constitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global.**

Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar – quer elastecendo-as, quer restringindo-as – as próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política.

Torna-se relevante destacar, neste ponto, por tal razão, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 811/812, item n. 1, 1998, Almedina), que bem expôs a necessidade de proceder-se à determinação do parâmetro de controle da constitucionalidade, consideradas as posições doutrinárias que se digladiam em torno do tema:

“**Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição** (art. 3º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos **devem** estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao **parâmetro constitucional**. Mas qual é o **estalão normativo** de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As **respostas** a este problema oscilam fundamentalmente **entre duas posições**: (1) o **parâmetro constitucional equivale à constituição escrita** ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios **escritos** da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o **parâmetro constitucional é a ordem constitucional global**, e, por isso, o **juízo de legitimidade constitucional** dos actos normativos deve fazer-se **não apenas** segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, **mas também** tendo em conta princípios **não escritos** integrantes da ordem constitucional global.

Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) **reduz-se** às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; **para a posição (2)**, o parâmetro constitucional é **mais vasto** do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, **devendo alargar-se**, pelo menos, aos princípios reclamados pelo ‘espírito’ ou pelos ‘valores’ que informam a ordem constitucional global” (grifei).

8. A restrita dimensão das cláusulas pétreas

Como núcleo intangível ou cerne da Constituição, as cláusulas pétreas ou cláusulas de perpetuidade previstas no art. 60, § 4º, da Carta da República de 1988 não podem ser compreendidas no sentido de absoluta intangibilidade de se elaborar emenda constitucional sobre os temas ali elencados.

Na anterior Constituição, constituíam cláusulas pétreas a República e a Federação, mas a atual dispõe que *não será objeto de deliberação*

a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.

Tal extenso rol (federação, democracia indireta, presidencialismo e direitos individuais) faz compreender todos os temas passíveis de tratamento constitucional, conduzindo a interpretação que deve levar em conta a densidade ou gradação dos valores tutelados pela norma pétreia.²¹

Ao estabelecer no art. 60, § 4º, que não serão admitidas emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e garantias individuais, o legislador originário pretendeu muito mais do que simplesmente proteger os direitos liberais, como alguns ainda pensam. O que se pretendeu é garantir uns núcleos essenciais de direitos – liberais, sociais ou até mesmo de 3ª geração – que devem ser mantidos por caracterizar a própria Lei Maior.

21 Sobre o tema, transcreve-se comentário organizado pela EMERJ acerca de caso concreto cujo objeto era a possibilidade de extirpação de direito fundamental deferido pela redação originária da Constituição: A divergência doutrinária é pertinente à profundidade e extensão da limitação material explícita, consubstanciada no art. 60, § 4º, da CRFB. No que tange à profundidade da limitação material explícita, a elocução “tendente a abolir” indica que a reforma constitucional não pode alcançar a essência dos institutos enumerados taxativamente no art. 60, § 4º, da CRFB, de maneira a descaracterizá-los. No sentido do texto, entendendo que há a possibilidade de a reforma constitucional alterar as normas referentes a matérias alcançadas pelas cláusulas pétreas explícitas, desde que a modificação seja de menor intensidade, v.: SLAIBI FILHO, Nagib. Ação Declaratória de Constitucionalidade. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 39. No sentido contrário, entendendo que somente haveria a possibilidade da reforma constitucional acrescentar normas relativas às matérias atingidas pelas cláusulas pétreas expressas, v.: RAMOS, Saulo. Assembléia Constituinte. Natureza, Extensão e Limitação dos seus Poderes. 1ª ed. Brasília: Alhombra, 1987, p. 24. No que toca à extensão da limitação material explícita, a expressão “direitos e garantias individuais” impede que a reforma constitucional restrinja desarrazoadamente os direitos fundamentais, como também as respectivas garantias e remédios constitucionais. No sentido do texto, entendendo que as cláusulas pétreas explícitas não são reduzidas aos direitos individuais, computando os direitos metaindividuais, sociais, nacionalidade e políticos, v.: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do Processo Legislativo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 286. No sentido contrário, entendendo que as cláusulas pétreas expressas são restritas aos direitos individuais, não compreendendo os direitos metaindividuais, sociais, nacionalidade e políticos, v.: BULOS, Uadi Lammêgo. Elementos de Direito Constitucional. 1ª ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996, p. 124. Ademais, a jurisprudência predominante do STF é tendente a consagrar a primeira corrente doutrinária, já que “a proposta de emenda tendente a abolir a licença-maternidade a que se refere o art. 7º, XVIII, da CRFB – espécie de direito social – não será objeto de deliberação”. STF, ADIn nº 1946, relator Min. Sydney Sanches, em 29/04/1999 apud MORAES, Guilherme Peña de. “A Reforma Constitucional e os Direitos dos Trabalhadores” in “AFAT Notícias”, nº 31, 1999, p. 2.

Note-se, ainda, que nenhum direito fundamental é absoluto no sentido de prevalecer contra qualquer outro, pois mesmo o direito à vida cede ao direito à vida do outro indivíduo ou da própria sociedade, nos casos, por exemplo, de legítima defesa. E assim é porque os direitos somente podem ser vislumbrados em uma relação jurídica, a unir o indivíduo ao outro, ou o indivíduo ao grupo social ou à comunidade.

Daí é que Pontes de Miranda gosta de se referir ao *princípio da lateralidade do Direito* enquanto outros (que constituem a maioria...) preferem utilizar a expressão *princípio da alteridade*, assim invocando o radical latino **alter** (outro).

9. Coisa julgada inconstitucional

Como por todos é sabido, a partir da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, em face do disposto no seu art. 2º, passamos a contar no nosso ordenamento constitucional com as *medidas provisórias permanentes*, isto é, as medidas provisórias editadas antes da referida Emenda dispensam a ratificação congressual, permanecendo enquanto não revogadas.

Entre estas *medidas provisórias permanentes* está a MP nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que conferiu a seguinte redação ao parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil, que trata dos embargos à execução por título judicial transitado em julgado:

Para efeito do disposto no inciso II (inexigibilidade do título) considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Assim, a sentença transitada em julgado, mesmo que não possa ser mais rescindida pela via indicada pelo art. 485 da lei processual, será ineficaz se o seu fundamento jurídico for posteriormente reconhecido inconstitucional pela mais Alta Corte.

O tema da coisa julgada inconstitucional tem merecido diversas obras doutrinárias, a destacar artigos de Humberto Theodoro Júnior e de Cândido Rangel Dinamarco, este a apontar:²²

Se tiver razão no que sustento, terei chegado a uma visão sistemática da relativização da coisa julgada segundo critérios que em primeiro plano são objetivos – despontando sobretudo o da prevalência de

²² Cândido Rangel Dinamarco, “Relativizar a coisa julgada”, artigo na **Revista Forense** nº 358, pp. 11 e segs.

certos valores, constitucionalmente resguardados tanto quanto a coisa julgada, os quais devem prevalecer mesmo com algum prejuízo para a segurança das relações jurídicas. Daí aceitar a idéia da coisa julgada inconstitucional, que assenta na premissa da harmoniosa convivência entre todos os princípios e garantias plantados na ordem constitucional, nenhum dos quais pode ser tratado como absoluto. A posição defendida tem apoio também no equilíbrio, que há muito venho postulando, entre duas exigências opostas mas conciliáveis – ou seja, entre a exigência de certeza ou segurança, que a autoridade da coisa julgada prestigia, e a de justiça e legitimidade das decisões, que aconselha não radicalizar essa autoridade. Nessa linha, repito: a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios.

10. Conclusão

Repita-se que não se tem ainda o necessário distanciamento histórico para ponderar sobre a influência da Constituição de 1988 na construção do Estado Democrático de Direito que pretende instaurar.

Contudo, desde logo devemos reconhecer que uma parte importante da cidadania foi resgatada pelo produto da longa Assembléia Nacional Constituinte que durante os anos de 1987 e 1988 procurou auscultar o sentimento do povo brasileiro, seus sonhos e exigências, de forma a permitir que nesta e em outras gerações tenhamos a oportunidade de exercer o indeclinável e inerente direito à busca da felicidade. □