

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

NATÁLIA DE SOUZA LISBÔA

**DESAFIO AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS:
FRAUDES À CONSTITUIÇÃO**

VITÓRIA
2009

NATÁLIA DE SOUZA LISBÔA

**DESAFIO AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS:
FRAUDES À CONSTITUIÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux

VITÓRIA
2009

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata das fraudes à Constituição e a ameaça que sua utilização acarreta aos direitos e garantias fundamentais. Preliminarmente, as fraudes à Constituição são realizadas pelo Poder Legislativo, titular do poder reformador ao promulgar emendas à Constituição que nascem com o objetivo de constitucionalizar uma lei que originariamente era inconstitucional, assim já proclamado através de controle difuso, impedindo a proteção de direito material violado por tais leis pela via difusa e concreta. Como a regra constitucionalmente garantida é a da não-retroação, não podendo nascer uma emenda constitucional para conferir validade a uma lei que inicialmente dela carecia, tal atividade legislativa afeta também diametralmente os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos.

Primordial questão surgida do estudo das fraudes à Constituição diz respeito à possibilidade dos poderes Executivo e Judiciário – que não são titulares do poder reformador – realizarem mudanças ao texto constitucional que contrariem as premissas trazidas pelo Estado Democrático de Direito determinado pelo poder constituinte e que possam ser consideradas inconstitucionais.

As teorias existentes sobre fraudes à Constituição não explicam de maneira satisfatória o tema em tela devido à existência de várias generalizações, sendo assim necessário recorrer a elementos teóricos gerais para o desenvolvimento da pesquisa e solução do problema proposto.

Assim, o tratamento dado ao poder constituinte, tema recorrente do Direito Constitucional, fez-se presente principalmente para orientar os estudos que versem sobre o nascimento da Constituição, sendo imperioso analisar seus pressupostos de origem, titularidade e efeitos. Igualmente faz-se necessário ponderar com rigor as possibilidades de reforma realizadas pelo poder reformador ao texto constitucional originário, fruto do poder constituinte, dando ênfase especificamente às suas limitações expressas e tácitas bem como à possibilidade de alteração da Constituição sem modificação do texto, a mutação constitucional.

Por sua vez, a realidade do Estado brasileiro reflete a condição histórica trazida pela pós-modernidade pelas alterações realizadas essencialmente nos planos social, político e econômico, faz aflorar questões que ainda não foram resolvidas no âmbito do Direito, retratadas como desafios perpassados pelas exigências de mudanças. Portanto, foi realizada a análise atual da ação dos poderes do Estado – Executivo, Judiciário e Legislativo –, sendo descritas as hipóteses de fraudes à Constituição, incluídas a legislação simbólica e a mutação inconstitucional, efetuadas por cada um deles e também a demonstração prática da fraude manifestadas nas emendas à Constituição 3, 20 e 29.

Dessa forma, após a construção de um conceito ampliado de fraudes à Constituição e da análise de sua realização pelos poderes do Estado, é apresentada a necessidade de seu combate para a efetivação do Estado Democrático de Direito pelo emprego do devido processo legislativo seguindo a direção do patriotismo constitucional influenciado pelos aspectos democráticos para asseverar a efetividade e eficácia dos direitos e garantias fundamentais.

O método de pesquisa utilizado foi essencialmente teórico, a partir procedimento sistemático dedutivo inicializado do conhecimento geral de conceitos auxiliares para determinar o alcance das fraudes à Constituição, passando para a análise dos casos específicos nos poderes do Estado, utilizando-se de bibliografia que reportam ao tema vertente, publicações e periódicos especializados em temas jurídicos e pesquisa junto a tribunais sobre o tema.

1 FRAUDES À CONSTITUIÇÃO

Para que seja realizada qualquer modificação no texto constitucional determinado originariamente pelo poder constituinte é necessário que sejam obedecidas algumas regras pelo poder reformador, conforme informado pelas limitações expressas relativas às restrições temporais, circunstâncias e materiais, bem como as limitações tácitas na Constituição. Assim, a mudança realizada no texto da Constituição deve guardar respeito a determinados elementos basilares nela previstos que norteiam todo ordenamento jurídico brasileiro.

Os contextos político, econômico e social influenciam diretamente no surgimento de uma Constituição. Vinte anos após a promulgação da Constituição da República de 1988, as alterações enfrentadas pela sociedade nos contextos acima referidos não sugerem uma completa ruptura com o texto constitucional em vigor, ou seja, o povo não precisa exercer sua titularidade do poder constituinte e nomear uma nova Assembléia Constituinte para a feitura de uma nova Constituição.

Por vezes o descrédito da Constituição e sua perda de concretude normativa perpassam pela visão viciada que a sociedade tem de uma aplicabilidade constitucional deficiente e de sua falta de eficácia. Essa depreciação da Constituição é acompanhada diametralmente pelas críticas sobre o texto constitucional, sendo que não cabe mais suportar a idéia de que a carência no cumprimento dos direitos constitucionais, principalmente no que tange aos direitos e garantias fundamentais, se dá unicamente por falhas em sua redação autêntica.

E, pois, é mais do que necessário abandonar de uma vez por todas um dos grandes equívocos em que não se pode mais insistir, sob pena de minarmos a própria legitimidade jurídico-política: aquele equívoco justamente gerado pela incapacidade de se compreender que *textos jurídicos* não são capazes por si sós de transformar a realidade ou de transformar o mundo¹. (grifos do autor)

Dessa maneira, não se pode partir do pressuposto que a promulgação de uma nova Constituição seria a panacéia para a extinção de todos os incômodos que assolam

¹ CATTONI, Marcelo. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 70.

atualmente a sociedade. O resultado dessa alteração completa poderia trazer ainda mais frustração para os cidadãos, aumentando ainda mais a descrença no texto constitucional.

Também é necessário ressaltar que a edição imoderada de emendas à Constituição da mesma maneira não contribui para resolver o problema da falta de eficácia e efetividade da Constituição. Não basta apenas alterar o texto constitucional para que todas as dificuldades enfrentadas pela sociedade sejam modificadas instantaneamente, como num passe de mágica, tendo feito somente uma mudança textual, pois

As constantes emendas ao hodierno Texto Constitucional do Brasil, ocorridas por maiorias transitórias, que não representam o interesse da população, forjadas pelos mais dispares interesses, incluindo os pessoais e os econômicos, enseja a fragilização do texto, contribuindo para o seu descrédito².

Partindo desse equívoco, o Estado, pela ação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, tenta freneticamente alterar o texto da Constituição ou seu significado e alcance. É nesse contexto de insegurança que surgem as fraudes à Constituição. De tratamento ainda acanhado por parte da doutrina brasileira, as fraudes à Constituição “são modificações radicais ocorridas em seu texto, que, contrariando preceitos inerentes a sua modificação, infringem o procedimento de reforma constitucional, principalmente incidindo contra as cláusulas pétreas, explícitas e implícitas³”, que podem ser praticadas por todos os poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Ampliando tal conceito, as fraudes à Constituição também podem ferir a Constituição e não atuar de acordo com princípios constitucionais sem que sejam formalmente burladas as regras disciplinadas pelo poder constituinte para que sejam obedecidas pelo poder reformador. Tal manobra ocorre quando existe a intenção propositadamente preconcebida de modificar de maneira não autêntica alguns

² AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor: 2000. p.218.

³ AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor: 2000. p. 185.

preceitos constitucionais declarados inalteráveis pelo texto original, agindo assim em descumprimento com os rigorosos deveres disciplinados na Constituição.

As fraudes à Constituição não podem ser confundidas ou consideradas simplesmente como normas constitucionais inválidas ou inconstitucionais. Ao tratar de normas constitucionais inconstitucionais, Otto Bachof estabelece as possibilidades de sua ocorrência por meio de violação da Constituição escrita ou de violação de direito constitucional não escrito a partir da distinção da Constituição em sentido formal e em sentido material⁴.

Tendo como base a Lei Fundamental de Bonn e a Lei sobre o Tribunal Constitucional Federal alemão, o mesmo autor elenca as hipóteses de violação da Constituição escrita⁵, que podem ocorrer pela inconstitucionalidade: de normas constitucionais ilegais; de leis de alteração da Constituição; de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior, na suposição de existirem no mesmo documento uma norma de valor maior determinada pelo poder constituinte; resultante de 'mudança de natureza' de normas constitucionais e por infração de direito supralegal positivado na lei constitucional.

Ainda determina que as normas constitucionais inconstitucionais podem surgir por violação do direito constitucional não escrito, em três hipóteses de inconstitucionalidade: por infração dos princípios constitucionais não escritos do sentido da Constituição; por infração do direito constitucional consuetudinário e por infração de direito supralegal não positivado.

As tentativas de fraude à Constituição, tal como as normas inconstitucionais, são produzidas em desalinho com os ditames da Constituição, ou seja, não encontram

⁴ A classificação do sentido formal e material da Constituição por Otto Bachof consiste naquela tratar-se de preceitos escritos na Constituição e essas como 'conjunto de normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competências dos órgãos supremos do Estado, sobre as instituições fundamentais do Estado e sobre a posição do cidadão no Estado'. BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 2008. p. 39. Assim, 'uma inconstitucionalidade é material se a norma incompatível ofende normas de organização, de limitação do poder ou de direitos fundamentais, e é formal quando ofende qualquer outra norma constitucional que não se enquadre, por exclusão, naquelas normas referidas.' JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 33.

⁵ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 2008. p. 48/64.

em seu alicerce fundamento de validade no texto constitucional para que possam ser aplicadas e respeitadas como preceitos superiores por todo o ordenamento jurídico. A notável questão a ser considerada acerca das fraudes à Constituição é a grande dificuldade que, por vezes, obsta que seja reconhecida frente ao texto constitucional, uma vez que são realizadas de maneira a aparentar estar conferindo legitimidade e legalidade ao que não as contém.

Assim, para um melhor entendimento acerca das fraudes à Constituição é necessário que seja analisado pormenorizadamente o contexto do surgimento da Constituição criada pelo poder constituinte bem como todas as possibilidades e limitações para modificação de seu texto pelo poder reformador. É imperioso ressaltar também as fraudes à Constituição realizadas pelos poderes do Estado que não são titulares do poder reformador, o Judiciário e o Executivo, onde a fraude se manifesta de forma ainda mais dissimulada.

2 TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

O aporte teórico trazido pelo abade Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836) em sua obra fundamental *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?*⁶ é de suma importância para a compreensão da Teoria do Poder Constituinte, pois traça a distinção entre poder constituinte e poder reformador e ainda traz a proposta de igualdade de direitos do povo (Terceiro Estado) em relação ao clero e a nobreza, que formavam as ordens privilegiadas.

Sieyès não tinha formação jurídica e tampouco o escopo do desenvolvimento de uma teoria científica, mas unicamente política. Sieyès contribuiu muito para o desenvolvimento do Direito Constitucional ao traçar as primeiras linhas acerca do poder constituinte localizando em sua argumentação o papel do Direito como fruto da política e instrumento do Estado.

O pensamento de Sieyès está inserido num contexto de busca de uma tradição política para modernizar a sociedade no período da Revolução Francesa⁷. Sua obra tem curso a partir de três perguntas que são respondidas por ele durante o opúsculo: I. O que é o Terceiro Estado? Tudo; II. O que tem sido o Terceiro Estado? Nada; III. O que pretende ser? Alguma coisa. Na busca pelas respostas Sieyès desenvolve importante conceito de nação⁸ como ente independente e acima do direito positivo, bastando a vontade daquela para modificar este. Tal direito pertence à nação independente de qualquer forma e condição⁹, não sendo admitida a divisão entre clero, nobreza e povo.

⁶ A obra em comento foi uma contribuição para a campanha de convocação dos Estados Gerais por ocasião da autorização aos franceses para apresentação de suas concepções sobre a reforma do Estado, totalizando cerca de quarenta mil *cahiers de doléances*. Sieyès ainda apresentou mais três opúsculos: *Essai sus lês Privilèges*, *Vues sur lês Moyens d'exécution dont les Représentants de la France Pourront Disposer em 1789* e *Delibérations à Prende dans as Assemblées*. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. Prefácio de José Ribas Vieira, p. XIX e XX.

⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. Prefácio de José Ribas Vieira, p.XVI.

⁸ "A nação se forma unicamente pelo direito natural. O governo, ao contrário, só se regula pelo direito positivo. A nação é tudo o que ela pode ser somente pelo que ela é. Não depende de sua vontade atribuir-se mais ou menos direitos que ela tem." SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.p. 49.

⁹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 55.

Sua teoria pode ser dividida em duas fases¹⁰: na primeira era ressaltada a dimensão política do poder constituinte, caracterizados pela titularidade pela nação e sua ilimitação. A dimensão jurídica aparece na segunda fase, onde Sieyès trata do afastamento da participação popular, a transformação do poder constituinte em poder de revisão e a substituição daquele pelo controle de constitucionalidade tendo em vista a mudança em suas idéias originárias conforme a conveniência do momento seguindo a Revolução Francesa. Resta demonstrado na segunda fase a importância da existência de um órgão especificamente competente para realizar o controle de constitucionalidade, prescindindo assim da permanência dos trabalhos do poder constituinte após a concepção do texto constitucional.

A aplicação da teoria de Sieyès é mais relevante para países que, ao contrário dos de tradição anglo-saxã, guardavam o poder de revisão como uma atribuição do poder constituinte, onde uma nova constituição é feita a cada pequena alteração política ou econômica. É o exemplo do Brasil que desde primeira constituição após sua independência de Portugal em 1824, entre mudanças de formas de governo e golpes, outorgas e promulgações, existiram, incluindo a Constituição de 1988 ainda em vigor, mais seis constituições.

A organização fundamental da ordem jurídica positiva é iniciada com a Constituição, que é obra do poder constituinte. São encontradas na doutrina pelo menos duas teorias a respeito da natureza do poder constituinte. A teoria do poder constituinte jurídico, conduzida por Georges Burdeau, parte da premissa que o poder constituinte tem capacidade para dar origem a uma nova ordem jurídica.

Burdeau localiza o poder constituinte originário no ponto de conexão entre a Política e o Direito, entre a turbulência das forças sociais e a serenidade dos procedimentos, entre a desordem revolucionária e a ordem dos regimes estabelecidos. A insubordinação é inerente a esse poder rebelde ao preordenamento jurídico e político. Não se submete a uma Constituição anterior, pois está acima da Constituição, como o criador em face da criatura¹¹. (grifos do autor)

¹⁰ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 86.

¹¹ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte, Del Rey: 2002. p. 29.

Segundo tal teoria, o novo Direito antecede ao próprio Estado, pois é a Constituição, fruto do poder constituinte, que estabelecerá a partir do momento de sua elaboração as funções do Estado, seus órgãos, competências e poderes sem estar condicionada a nenhuma norma jurídica anterior, negando, dessa maneira, a transcendência entre as Constituições.

Depois de criada a nova Constituição, a existência do poder constituinte não é mais necessária sendo que uma vez produzida a norma superior, todas as outras normas infraconstitucionais posteriores deverão obedecer aos seus dispositivos, ou se anteriores, serem recepcionadas para garantir sua validade jurídica.

A segunda teoria, partindo dos aportes de Carré de Malberg, considera que o poder constituinte tem natureza política, pré-jurídica, o que condiciona todas suas alterações futuras. Considerando ser a Constituição nova uma repetição da idéia rousseauiana do Contrato Social, no qual é necessário para sua formação a anuência e o acordo entre todos, o poder constituinte é entendido como reflexo da representação política que o compõe, sendo assim imprescindível a existência de uma Constituição que determine a origem e o transcurso deste poder inovador.

Sua grande crítica fundamenta-se na concepção de que “não se pode conceber o Direito fora do Estado e, por isso, é inútil investigar o fundamento ou a gênese jurídica do Estado, que, sendo a fonte do Direito, não pode ter ao mesmo tempo sua fonte no Direito¹²”. Carré de Malberg admite a existência de preceitos morais superiores às leis positivadas bem como reconhece a transcendência da nova Constituição, uma vez que ela não guarda nenhuma relação jurídica com os acontecimentos anteriores.

As conclusões¹³ tiradas desta teoria elucidam que entre a nova Constituição e a antiga não existe nenhuma relação jurídica, mas somente uma solução de continuidade na qual o poder constituinte exercerá o poder conferido pelo povo para preencher o intervalo entre as Constituições. Ressalta ainda que a formação do

¹² MALBERG, Carré de. *Contribution a la théorie générale de l'État*. Paris. Réimpression de Centre National de La Recherche Scientifique, 1962, t.2. p. 497-498 *apud* HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte, Del Rey: 2002. p. 31.

¹³ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte, Del Rey: 2002. p. 31.

Estado é uma questão de fato e não de Direito uma vez que o seu surgimento se dá por revoluções ou golpes de Estado, que não são objetos da Ciência do Direito Público.

A segunda conclusão é uma elaboração intelectual no sentido de tentar que o jurista se concentre no poder constituinte como modo de reforma pacífica da Constituição em vigor. Considera que a reforma da Constituição pode ser mais ou menos extensa, total ou parcial. Dessa forma, a Constituição nova nascerá de uma revisão total da antiga, sem solução de continuidade, sendo para isso observadas as regras da Constituição anterior.

Para definir a titularidade do poder constituinte é necessário que seja observado o contexto histórico e político em que determinada sociedade vive¹⁴. Na Idade Média, a titularidade recaía sobre a vontade de Deus e, durante a monarquia absolutista, na figura do monarca. Após a Revolução Francesa, a titularidade do poder constituinte passou a pertencer à nação ou povo¹⁵. Apesar de ser o titular do poder constituinte, o povo acaba por exercer essa titularidade apenas passivamente¹⁶, uma vez que a vontade constituinte é manifestada apenas por uma elite da sociedade, conforme observa Walber de Moura Agra:

Nominalmente, a titularidade pertence ao povo; contudo, materialmente, isto não ocorre. Várias vezes a vontade popular tem sido substituída pela vontade de pequenos grupos de poder, de ditadores, líderes messiânicos, que exercem o poder em seu nome, para implementar medidas que agravam a situação, em conseqüência da pressão resultante do poder econômico, da interferência da mídia, da alienação política, por exemplo. Formalmente, há uma unanimidade na titularidade popular, mas materialmente ela pertence a autores outros, que não o povo.¹⁷

Ainda, o poder constituinte pode ser expresso de duas formas: pela outorga ou por Convenção ou Assembléia constituinte¹⁸. A outorga está ligada a manifestações autoritárias de poder, ocorrendo quando a Constituição é declarada unilateralmente

¹⁴ “Assim, a problemática da titularidade do Poder Constituinte é, em grande parte, uma problemática ideológica, porque está intimamente ligada à concepção política predominante num determinado momento. Hoje, a opinião esmagadoramente predominante é a de que o supremo poder, num Estado, pertence ao povo; a soberania é do povo; portanto, o Poder Constituinte é do povo”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 30.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed. São Paulo, Malheiros: 2008.p. 158.

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 31.

¹⁷ AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor: 2000. p. 91.

por quem detém o poder. Por outro lado, a Convenção ou Assembléia Constituinte é o resultado da representação popular, onde será debatida e votada a nova Constituição.

De acordo com sua concepção jurídica, o poder constituinte compreende três características¹⁹: é inicial, ilimitado e incondicionado. É inicial porque é ele quem dá origem à base da ordem jurídica de um país ao instituir a Constituição. É a partir dela que serão instituídos os demais poderes, organização do Estado e princípios fundamentais que devem ser respeitados por todo o ordenamento jurídico. É ilimitado porque não sofre quaisquer restrições de direito positivo. Como o poder constituinte não está subordinado a nenhuma interferência normativa, é ele quem dá início ao ordenamento, tem ampla margem para estipular de forma própria para preencher a lacuna normativa da Constituição. Conforme ressalta Luís Roberto Barroso:

É o próprio constituinte originário quem regula o processo de criação de novas normas constitucionais, bem como determina o conteúdo que possam ter. Quando a sucessão da ordem constitucional se dá com observância das regras vigentes, afirma-se que, apesar da alteração normativa, houve *continuidade formal* do direito constitucional, porque as novas normas se reconduzem, jurídica e politicamente, à ordem precedente. Ao revés, fala-se em *descontinuidade formal* quando uma nova ordem constitucional implica ruptura, revolucionária ou não, com a ordem constitucional anterior. Já o conceito de *descontinuidade material* identifica-se com a situação em que, além da ocorrência de uma ruptura formal (ou eventualmente sem ela), verifica-se também uma 'destruição' do antigo poder constituinte por um novo poder constituinte, 'alicerçado num título de legitimidade substancialmente diferente do anterior'²⁰.

A última característica do poder constituinte é ser incondicionado, cuja expressão é decorrente de sua ilimitação. Assim, por não estar subordinado a qualquer norma preexistente ou requisitos formais juridicamente previstos, o poder constituinte poderá agir da maneira que melhor lhe aprouver para garantir o cumprimento de sua função.

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 63/67.

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 187 e 227/228

²⁰ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed., 4ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2008. p. 62/63.

O fruto do poder constituinte será uma nova Constituição que, via de regra, substituirá a antecedente, fazendo com que esta perca sua validade e eficácia. É importante ressaltar os efeitos que essa nova Constituição terá em relação à Constituição e legislação ordinária anteriores e, ainda, sobre os direitos adquiridos.

Com respeito aos efeitos sobre a Constituição anterior, se adotada a teoria da revogação constitucional, de maneira contraposta à tese da recepção, a única Constituição válida e eficaz será a mais recente, realizada pelo poder constituinte, pois estão no mesmo plano. Por outro lado, para a teoria da desconstitucionalização somente deixarão de ser válidas e eficazes as normas materialmente constitucionais²¹. As normas formalmente constitucionais presentes no texto anterior não perderiam a eficácia, mas seriam desconstitucionalizadas e consideradas como normas ordinárias.

Referida teoria é passível de críticas²², posto que as normas formalmente constitucionais só podem ser assim consideradas após interpretação, sendo que nem sempre se conseguirá chegar a um consenso sobre a sua denominação; ademais, o Supremo Tribunal Federal adotou a teoria da revogação, que consiste em revogar automaticamente os textos infraconstitucionais anteriores à nova Constituição na hipótese de serem com ela incompatíveis; e ainda, a teoria do silêncio relevante ou eloquente instrui que a não manifestação de uma Constituição acerca de matéria que anteriormente era tratada constitucionalmente significa que ela não mais pertence ao mundo jurídico, sendo considerada contrária ao novo texto constitucional.

Quando a legislação ordinária anterior não for incompatível com as normas da nova Constituição, será recepcionada e considerada válida e eficaz. Caso a nova Constituição disponha, de modo explícito, diversamente do conteúdo da norma

²¹ “As normas que são materialmente constitucionais são aquelas que dizem respeito à organização política formal do Estado, ou seja, forma de Estado, forma de governo, estruturação dos órgãos fundamentais, modo de escolha ou de designação para composição de tais organizações e o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais, que operam como limite do poder público. E, ao lado dessas regras materialmente constitucionais, as Constituições conteriam outras regras, que não teriam matéria constitucional, que seriam apenas formalmente constitucionais.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.92.

²² JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 99/100

ordinária, é impossível apreciar a recepção. Na hipótese de perda de eficácia da Constituição nova por sua substituição por outra que não tenha incompatibilidade com a legislação ordinária anterior, tais normas não recuperam sua validade, uma vez que a Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei n.4.657, de 04 de setembro de 1942 prevê em seu art. 2º, §3º que “salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”, ou seja, é necessária a previsão expressa para que ocorra a repristinação.

Quanto aos direitos adquiridos, surgem duas correntes²³ para tratar sobre a sua preservação em relação à Constituição nova. A primeira sustenta que não existem direitos adquiridos contra a Constituição pelos seguintes argumentos e com as subseqüentes variações: que a Constituição nova gera efeitos a partir da sua edição e também retroativamente, ou gera apenas efeitos *ex nunc*, mas capazes de impedir a realização de efeitos contrários aos nela dispostos; que não existe direito adquirido em face de norma de ordem pública; que os direitos adquiridos não gerariam efeitos somente quanto as normas materialmente constitucionais, posto que são elas que determinam a estrutura do texto constitucional; que a Constituição nova rompe com o modelo político passado, criando uma descontinuidade entre eles e por fim, decorrendo das características de ilimitação e incondicionalidade do poder constituinte, os direitos adquiridos na vigência da Constituição passada não continuariam gerando efeitos perante à Constituição nova.

A segunda corrente trata da possibilidade dos direitos adquiridos gerarem efeitos contra a Constituição nova. Fundam-se nos argumentos de existência: considerados somente antes de sua edição; quando expressamente ressalvados ou quando não expressamente sustados, possam ser presumidos; representarem apenas normas formalmente constitucionais; sejam compatíveis com a Constituição nova; surgidos em mudanças pacíficas da ordem jurídica anterior ou que sejam compatíveis com a Constituição originária e não possam ser ameaçados por emendas constitucionais.

²³ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 108.

3 PODER REFORMADOR

O poder reformador encontra na doutrina diversas denominações: Poder Instituído ou Poder Constituinte Derivado; competência constituinte derivada ou Poder Constituinte de segundo grau; Poder Constituinte Reformador; Poder Constituinte Constituído; Competência Reformadora. De modo diferente do poder constituinte, o

poder reformador tem natureza jurídica determinada, posto que é constituído e limitado por aspectos jurídicos determinados pelo poder constituinte presentes na Constituição.

O titular do poder reformador é o Poder Legislativo²⁴, que possui em suas qualificações, juntamente com a função legislativa ordinária, a função reformadora. Apesar de estarem concentradas em um mesmo poder e exercidas pelo Congresso Nacional, tais funções não se confundem. A função legislativa típica é de editar espécies normativas, que se encontram restritas ao âmbito infra-constitucional. Tais normas devem estar em consonância com o disposto na Constituição, mas elas não têm o poder de modificar o texto constitucional.

Em sua função reformadora, o Poder Legislativo atuará para adequar o texto constitucional à realidade do país, sempre na tentativa de garantir uma notável legitimidade social, posto que é realizada pelos representantes eleitos pelo povo. Para efetivação de quaisquer alterações, que devem ser feitas por meio de emendas à Constituição, é necessário um quórum de 3/5 de votos no Senado Federal e na Câmara dos Deputados. As mudanças realizadas por esta função têm o mesmo status de norma constitucional do texto originário.

O quórum especial de 3/5 dos votos das Casas Legislativas necessário para reformas ao texto constitucional se justifica para sustentar a concepção de Constituição Rígida quanto ao seu modo de alteração, sendo que as modificações em seu corpo devem ser realizadas de maneira mais dificultosa do que as outras normas legislativas, garantindo assim sua supremacia, solidez e estabilidade.

Derivação, subordinação e condicionamento são as características do poder reformador.²⁵ O poder reformador é derivado porque resulta da criação pelo poder constituinte, de onde extrai sua competência e valores constitucionais. É de sua derivação que decorrem as suas outras características.

²⁴ AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor: 2000. p.127/128

²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 111; PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 77/78; AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor: 2000. p. 131/132.

Em relação à subordinação, o poder reformador é limitado pelas normas estabelecidas na Constituição pelo poder constituinte. Os limites podem ser explícitos ou implícitos, mas não retiram a possibilidade de alteração da Constituição pelo poder reformador, podendo ele agir amplamente dentro das demarcações a ele impostas.

A última característica diz respeito ao condicionamento do poder reformador. Significa que ele tem seu exercício sujeito às condições formais previamente estabelecidas no texto constitucional pelo poder constituinte para a realização de modificações na Constituição.

A emenda à Constituição é o instrumento de modificação da Constituição da República previsto pelo legislador constituinte, sendo considerada uma via permanente de reforma constitucional²⁶. Assim, a emenda tem por objetivo realizar a adequação do texto inicial com as mudanças ocorridas na sociedade, para que seja resguardada a eficácia da Constituição.

O processo legislativo da emenda pode ser iniciado conforme previsto no art. 60, *caput*, mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República; e de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa dos seus membros.

Após a proposição, a emenda deverá ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos. A emenda será aprovada se obtiver, em cada Casa e em cada turno, três quintos dos votos dos respectivos membros, sendo promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

Ainda, seguindo o procedimento legislativo de reforma do texto constitucional conforme previsão no art. 60, §5º, a emenda à Constituição rejeitada ou havida por

²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed. São Paulo, Malheiros: 2008.p.207/208.

prejudicada não pode ter a matéria constante da proposta inicial como objeto de nova proposta durante a mesma sessão legislativa.

A revisão constitucional está prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que determina sua realização após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Como figura transitória, a revisão constitucional não encontra entendimento pacífico na doutrina quanto à existência de limites materiais à sua atuação. Paulo Bonavides²⁷ se posiciona no sentido de que a revisão constitucional somente deveria ser realizada no caso de alteração da forma ou sistema de governo no plebiscito realizado na forma do art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Referido plebiscito estava previsto para o dia 7 de setembro de 1993, mas por disposição da emenda constitucional n. 2, foi realizado no dia 21 de abril de 1993.

A revisão constitucional foi realizada conforme previsto no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, depois de contados cinco anos da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. As seis emendas revisionais foram promulgadas no período de março a junho de 1994, esgotando-se assim a revisão constitucional.

Para a reforma do texto constitucional é imperioso que se observe a necessidade da reforma e os limites para sua realização, bem como quais serão as conseqüências da reforma para o Estado e para a Sociedade, uma vez que a norma constitucional não tem existência independente e autônoma em relação à realidade de um determinado país em um momento histórico definido.

Ao atender a estes requisitos, as alterações trazidas pelo poder reformador farão o texto constitucional adquirir maior força normativa desde que haja uma busca pela pretensão de eficácia da Constituição, necessitando estar sempre à procura de sua legitimação. Dessa maneira, a situação fática regulada pela reforma constitucional

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed. São Paulo, Malheiros: 2008.p.209/211.

conquista seu significado próprio, mas toda a Constituição continua a ter sua existência dependente da realidade conforme ressalta Konrad Hesse:

Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas²⁸.

A reforma da Constituição deve ser realizada mediante de uma adequação harmoniosa com uma determinada realidade baseada principalmente nos fatores sociais, políticos e econômicos para que seja garantida a força normativa da Constituição e sua eficácia jurídica, sobretudo nos momentos em que o Estado e a sociedade passarem por períodos de desequilíbrio e agitação. As limitações expressas e tácitas ao poder reformador incidem sobre as emendas à Constituição para balizar as modificações realizadas no texto constitucional.

Se as reformas à Constituição forem realizadas de maneira freqüente e indistinta podem trazer uma maior dificuldade para sua aplicação, contribuindo assim para aumentar em toda a sociedade o descrédito no resultado verdadeiro da Constituição e gerar uma insegurança jurídica. Resta lembrar que as alterações no texto constitucional também irão requerer uma necessária atualização doutrinária e jurisprudencial.

3.1 LIMITES AO PODER REFORMADOR

3.1.1 Limitações expressas

As limitações expressas ao poder de reforma estão consignadas categoricamente no próprio texto constitucional. Os obstáculos previstos pela norma superior para a realização das alterações constitucionais são divididas em três ordens: as limitações temporais, circunstanciais e materiais.

²⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 15.

A limitação temporal é concernente ao espaço temporal determinado pelo legislador Constituinte para que o texto constitucional original seja reformado. Esta reforma tem como objetivo adequar a Constituição à realidade, no caso da redação de alguns de seus dispositivos não corresponderem ao esperado, conforme determinado quando da sua regulamentação.

No caso da Constituição da República de 1988, a limitação temporal foi chamada de “revisão” e está presente no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinava que a revisão constitucional fosse realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional. Assim, como a Constituição da República foi promulgada em 05 de outubro de 1988, o prazo para revisão constitucional expiraria em 05 de outubro de 1993. Entrementes, foram publicadas quatro emendas à Constituição, mas nenhuma com o caráter de revisão, e sim seguindo o rito ordinário de emenda à Constituição.

Tendo em vista que as primeiras emendas de “revisão” foram realizadas pelo procedimento legislativo de emenda comum contido no art. 60 da Constituição da República, que além da restrição para iniciativa (de um terço, no mínimo dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República e de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros), ainda prevê a sua aprovação após discussão e votação em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros, mais rigoroso do que o previsto no art. 3º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, elas não devem ser tidas como inconstitucionais. As emendas de revisão assim devidamente intituladas somente foram promulgadas entre 1º de março e 07 de junho de 1994.

Por sua vez, as limitações circunstanciais ao poder reformador estão previstas no art. 60, §1º, da Constituição da República de 1988 determinando que o seu texto não poderá ser emendado na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de

estado de sítio. Tal limitação é necessária para impedir alterações desmedidas e excessivas no texto constitucional, prevenindo, principalmente, mudanças intensas na estruturação dos poderes do Estado.

As mudanças estruturais devem ser realizadas em momento de serenidade e não em circunstâncias em que as paixões políticas possam impedir a construção de decisões mais amadurecidas e duradouras, que criam obstáculo à continuidade do Estado acima das questões governamentais e partidárias²⁹.

A intervenção federal da União nos Estados tem como objetivo evitar que situações críticas coloquem em risco a segurança do Estado, o equilíbrio federativo, as finanças estaduais e a estabilidade da ordem constitucional³⁰. Para defesa do Estado será autorizada intervenção federal para manter a integridade nacional e repelir invasão estrangeira (art. 34, I e II, 1ª parte). Em relação à preservação do princípio federativo, a intervenção poderá ser dada para repelir invasão de uma unidade da Federação em outra, pôr termo a grave comprometimento da ordem pública e garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação (art. 34, II, 2ª parte, III e IV).

Para a defesa das finanças estaduais (art. 34, V) poderá haver intervenção com o objetivo de reorganizar as finanças da unidade da Federação que suspenderem o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior e deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas pela Constituição, dentro dos prazos estabelecidos por lei. Por último, a intervenção federal poderá ser autorizada para manter a ordem constitucional, assegurando a observância dos princípios da forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta e aplicação do mínimo exigido da receita resultante dos impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

²⁹ Revista de informação legislativa. P.10. constituição de 1988 e reformas.

³⁰ SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24.ed. São Paulo, Malheiros, 2005. p.485.

A intervenção como limite circunstancial é restrita à federal, realizada pela União nos Estados, não abarcando a intervenção realizada nos municípios pelo Estado e pela União nos municípios localizados nos Territórios. O Estado de Defesa poderá ser decretado pelo Presidente da República, após ouvidos o Conselho de República e o Conselho de Defesa Nacional, conforme previsão constitucional para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçada por grave e iminente instabilidade institucional ou atingida por calamidades de grandes proporções de natureza (art. 136).

A duração do Estado de Defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se as razões que o justificaram persistirem (art. 136, §2º). Durante este tempo alguns direitos individuais poderão ser restritos, tais como o direito de reunião, ainda que exercida no seio das associações e o sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica e telefônica. (art. 136, I)

O Estado de Sítio também poderá ser decretado pelo Presidente da República quando as medidas tomadas durante o Estado de Defesa forem ineficazes, permanecendo a comoção grave de repercussão nacional e na hipótese de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira (art. 137). Na vigência do Estado de Sítio a restrição de direitos individuais é mais ampla (art. 139), chegando, por exemplo, a limitar a liberdade de locomoção e a inviolabilidade da correspondência, o sigilo das comunicações, a prestação de informações e a liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão.

Tendo em vista tais situações extraordinárias³¹, o legislador constituinte originário optou por limitar a possibilidade de reforma da Constituição na vigência de intervenção federal, Estado de Defesa e Estado de Sítio para evitar que medidas restritivas de direito tomadas com caráter temporário passassem a vigorar com ânimo definitivo.

³¹ As limitações circunstanciais são fatores imperantes em um dado momento histórico, que afrontam o princípio da segurança jurídica e que, com isto, impedem a modificação da Constituição. A estabilidade constitucional propicia o funcionamento do sistema, possibilitando o desenvolvimento das relações jurídicas consoante a progressão das interações sociais. AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor: 2000. p. 167.

Por último, as limitações materiais ao poder de reforma estão expressamente previstas na Constituição da República de 1988 no art. 60, §4º, que determina que não poderá ser 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.

São limitações ao objeto da reforma, ao conteúdo da emenda constitucional, que o legislador constituinte determinou como imutável com o objetivo de garantir a indispensável estabilidade e segurança jurídica ao texto constitucional. Estão relacionadas diretamente com o conteúdo ideológico da Constituição e às suas características e finalidades essenciais, sendo que as reformas nesses conteúdos poderiam ser consideradas como afronta ao próprio Estado Democrático de Direito constitucionalmente estabelecido.

As reformas no texto constitucional ao obedecer ao limites materialmente impostos permitem que os valores expressos na Constituição e os princípios que dão a ela orientação não sejam nulificados, ao mesmo tempo em que possibilita a modificação de maneira parcial para adequar o seu conteúdo aos anseios de toda uma sociedade.

A imutabilidade de tais preceitos, denominados cláusulas pétreas, demonstra que a rigidez da Constituição deve ser considerada como importante instrumento jurídico para coibir a atuação do poder reformador de maneira ilimitada, sendo assim justificado que o procedimento legislativo previsto para as emendas constitucionais seja mais complexo do que as alterações e criações de leis infraconstitucionais, atendendo à estrutura escalonada do ordenamento jurídico pátrio.

Ao inserir nas limitações materiais previstas no texto constitucional a expressão “tendente a abolir”, o legislador constituinte quis preservar o núcleo fundamental de propostas de emenda à Constituição que, incluindo a possibilidade de alteração por via indireta, tivessem em vista o encaminhamento para a retirada de qualquer um de seus dispositivos com proteção constitucionalmente dispensada pelas cláusulas pétreas do art. 60, §4º.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a preservação dos limites materiais ao poder reformador pode ser verificado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 466-2/DF proposta pelo Partido Socialista Brasileiro, PSB, pretendendo o reconhecimento da inconstitucionalidade da proposta de emenda à Constituição que tinha por objetivo a realização de um plebiscito para instituição de pena de morte. Tendo em vista a inexistência de “lei ou ato normativo federal ou estadual” para ser objeto de controle por ação direta de inconstitucionalidade e a inexistência o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato, não houve como realizar um controle de constitucionalidade em sede concentrada, posto que a proposta de emenda à Constituição ainda não é um ato normativo.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL – INSTITUIÇÃO DA PENA DE MORTE MEDIANTE PRÉVIA CONSULTA PLEBISCITÁRIA – LIMITAÇÃO MATERIAL EXPLÍCITA DO PODER REFORMADOR DO CONGRESSO NACIONAL (ART. 60, §4º, IV) – INEXISTÊNCIA DE CONTROLE PREVENTIVO ABSTRATO (EM TESE) NO DIREITO BRASILEIRO – AUSÊNCIA DE ATO NORMATIVO – NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA.

O direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou – *como a nova Constituição promulgada em 1988 também não o admite* – o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade, em abstrato. Inexiste, desse modo, em nosso sistema jurídico, a possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições normativas pelo Supremo Tribunal Federal.

Atos normativos “in fieri”, ainda em fase de formação, com tramitação procedimental não concluída, não ensejam e nem dão margem ao controle concentrado ou em tese de constitucionalidade, que supõe – ressalvadas as situações configuradoras de omissão juridicamente relevante – a existência de espécies normativas definitivas, perfeitas e acabadas. Ao contrário do ato normativo – que existe e que pode dispor de eficácia jurídica imediata, constituindo, por isso mesmo, uma realidade inovadora da ordem positiva -, a mera proposição legislativa nada mais encerra o que simples proposta de direito novo, a ser submetida à apreciação do órgão competente, para que, de sua eventual aprovação, possa derivar, então, a sua introdução formal no universo jurídico.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem refletido claramente essa posição em tema de controle normativo abstrato, exigindo, nos termos do que prescreve o próprio texto constitucional – e ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade por omissão – que a ação direta tenha, e só possa ter, como objeto juridicamente idôneo, apenas leis e atos normativos, federais ou estaduais, *já promulgados, editados e publicados*.

A impossibilidade jurídica de controle preventivo de meras propostas de emenda não obsta a fiscalização em tese quando transformadas em emendas à Constituição. Estas – que não são normas constitucionais originárias, não estão excluídas, por isso mesmo, do âmbito do controle *sucessivo e repressivo* de constitucionalidade.

O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado

à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (cf. art. 60, par. 1.), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune a ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no par. 4. do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao poder legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade. (grifos originais)

Apesar de não conhecer da ação direta em tela, o Supremo Tribunal Federal ressaltou a importância das limitações materiais explícitas ao poder reformador demonstrando também a possibilidade de controle de constitucionalidade em relação às emendas à Constituição. A emenda enquanto proposta é apenas um ato sem qualquer normatividade, somente ingressando no ordenamento jurídico após sua aprovação. Ao ingressar na Constituição, o fruto do poder reformador passa a ser considerado preceito constitucional da mesma hierarquia das normas constitucionais determinadas pelo poder constituinte.

A interpretação limitadora em relação ao poder reformador quanto ao objeto das emendas à Constituição deve ser realizada para garantir que os valores fundamentais trazidos pelas cláusulas pétreas não sejam banidos ou que das alterações resultem uma intensa mudança da identidade da Constituição e do Estado.

Na tentativa de garantir a função contínua da Constituição na ordem jurídica fundamental do Estado Democrático de Direito, não há impedimento para que o legislador reformador torne mais amplo o rol das cláusulas pétreas pelo emprego de emendas à Constituição de matérias que forem tidas como de proteção necessária, como forma de atender aos anseios da sociedade.

Dessa maneira, a Constituição da República de 1988 não proíbe o legislador constituinte reformador de tratar completamente das matérias consideradas como cláusulas pétreas. A expressa previsão constitucional tem por objetivo proteger a retirada de preceitos relativos à organização e estrutura do Estado e proteger os direitos e garantias fundamentais quanto à sua própria substância, não impedindo

que as alterações que venham aprimorar as disposições constitucionais já existentes.

3.1.2 Limitações tácitas

As limitações tácitas são aquelas que podem ser deduzidas do poder reformador por sua própria circunscrição e restrição em relação ao poder constituinte, sendo agrupadas quanto à extensão; ao procedimento; aos princípios políticos e aos direitos fundamentais³².

³² JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 97/98.

Quanto à extensão, tal limitação corresponde à impossibilidade de modificação total da Constituição, mesmo que realizada por várias reformas parciais, uma vez que tal alteração completa corresponde à finalidade essencial do poder constituinte. Além das limitações materiais explícitas, algumas normas materialmente constitucionais não podem ser modificadas sem que isso prejudique o conteúdo total da Constituição. No que tange às normas formalmente constitucionais, uma vez que não são essenciais para a Constituição, podem livremente ser objeto de reforma pelo poder reformador.

Em relação ao procedimento, não poderia o poder reformador modificar o modo estabelecido pelo poder constituinte para reforma da Constituição, pois tal sistema somente poderia ser alterado pelo poder que foi responsável por sua criação. Ainda corresponde à proteção da Constituição para que não seja reformada por via diversa das previstas na competência do poder reformador, pois senão estaria frente ao paradoxo da revisão de uma emenda dupla na hipótese de surgir uma emenda constitucional que modifique e flexibilize o procedimento reformador para que venha uma segunda transformar situações não amparadas pela maioria exigida originariamente.

Assim, o texto constitucional estaria fazendo desaparecer a legalidade do poder constituinte e do reformador, destruindo o processo legislativo especialmente previsto para a reforma da Constituição. Caso a dupla revisão fosse permitida por previsão legal, a Constituição estaria comprometendo dessa maneira a sua própria legitimidade.

Qualquer mudança nos princípios políticos da Constituição revelaria uma alteração na própria caracterização original do Estado que por ela é regido. O art. 1º da Constituição da República de 1988 consagra como princípios a união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal que formam a República Federativa do Brasil, bem como a constituição de um Estado Democrático de Direito, não podendo ser passíveis de modificação pelo poder reformador.

Os direitos e garantias individuais estão expressamente protegidos pela limitação material constante do art. 60, §4º, que não inclui em seu texto os direitos coletivos e difusos. Tendo em vista que os direitos fundamentais gozam de uma proteção anterior ao Estado e à Constituição, eles são tacitamente amparados de serem suprimidos ou limitados pelo poder de reforma.

3.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A mutação constitucional é um processo informal de mudança da Constituição sem alteração no texto expresso, sendo realizada valendo-se de declarações de novos sentidos e alcance das disposições constitucionais em um determinado momento. Assim, a mutação constitucional modifica e transforma a Constituição de modo diferente do realizado pelo poder reformador, uma vez que não há nenhuma

alteração no texto constitucional primitivo. Ao comparar a modificação da Constituição por intermédio da reforma e da mutação constitucional sem a utilização de qualquer poder, Jellinek elucida:

Por reforma da Constituição entendo a modificação dos textos constitucionais produzida por ações voluntarias e intencionais. E por mutação da Constituição, entendo a modificação que deixa indene seu texto sem alterá-lo formalmente pela produção de atos que não são acompanhados pela intenção ou consciência de tal mutação³³. (tradução nossa)

Deste modo, Jellinek traz a influência da força normativa do fático, localizando a mutação constitucional na ligação entre o direito e a realidade, uma vez que as alterações constitucionais são operadas inconscientemente pela força incontrolável dos acontecimentos fáticos, sem que haja alguma espécie de poder influenciando direta ou indiretamente em tais modificações.

Dessa maneira, a norma jurídica mostra-se incapaz de controlar as alterações realizadas fora de seu campo de atuação restrita, não podendo indicar com precisão o seu destino em face dos acontecimentos e fenômenos sociais diversos. Para o referido autor, a força normativa dos fatos pode provocar mudanças no Estado, tendo como exemplo as guerras, e na Constituição, independentemente do Poder Constituinte.

O Direito pode mudar continuamente sem que seja necessária uma mudança expressa da regra jurídica para adaptar-se às relações políticas que estão continuamente em transformação³⁴. A mutação constitucional não é realizada por um poder definido, tal qual a emenda e a revisão constitucional pelo Poder Legislativo em sua competência reformadora, mas suas alterações “são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder

³³ “*Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia, de tal mutación*”. JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid, Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 7.

³⁴ JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid, Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 39.

Constituinte, o chamado *poder constituinte difuso*, na feliz expressão de Burdeau”³⁵.
(grifos do autor)

Não é assente na doutrina a categorização da mutação constitucional³⁶. Anna Cândida da Cunha Ferraz a divide em duas espécies³⁷: mutação por interpretação constitucional e mutação por costume constitucional. A primeira espécie se divide em legislativa, judicial e administrativa, ocorrendo quando se altera o sentido e o alcance da Constituição sem que haja modificação em seu texto, realizada, em regra, pelos órgãos do Estado em suas funções típicas e atípicas. A interpretação constitucional legislativa tem por objetivo atender ao disposto no texto constitucional, por meio da expedição de ato normativo, pelo emprego do devido processo legislativo, determinando concretamente o conteúdo da norma constitucional para que seja possível a sua aplicação. No Brasil a interpretação legislativa é realizada principalmente por meio de lei complementar.

A interpretação constitucional judicial, desenvolvida pelo Poder Judiciário, ocorre na aplicação da norma constitucional para a resolução das lides nos casos concretos, bem como no controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos, por via de ação ou incidental, pelo controle difuso ou concentrado. Quanto mais sintético e genérico for o texto constitucional, mais ampla será a interpretação constitucional judicial. Tal extensão também se dará no caso da Constituição trazer muitas limitações para a atuação dos poderes constituídos, principalmente ao Legislativo, uma vez que não há material constitucional que não possa ser levada ao exame do Poder Judiciário.

Por sua vez, a interpretação constitucional administrativa alcança os atos de finalidade administrativa e política, realizada quando os órgãos exercem suas

³⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986. p. 10.

³⁶ Hsü Dau-Lin divide as espécies de mutação constitucional em quatro: mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; da impossibilidade de exercer certos direitos garantidos constitucionalmente; da prática estatal contraditória com a Constituição e mediante interpretação. DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Oñate: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. p.31. Por seu turno, Jellinek classifica a mutação constitucional pela prática parlamentar, administrativa e jurisdicional; mediante a prática constitucional e por desuso das competências estatais. JELLINEK, Georg. *Reforma y Mutación de la Constitución*. Madrid, Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

³⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986. p.64-164 e 177-211.

atribuições de natureza administrativas determinadas na Constituição. É desempenhada precipuamente pelo Poder Executivo. Sempre que na atividade administrativa ou política houver a aplicação de norma constitucional que direta ou indiretamente estenda ou restrinja o significado da Constituição estará sendo realizado o processo de mutação constitucional por interpretação constitucional administrativa.

A segunda espécie trata do costume como processo de mutação constitucional. O costume jurídico tem como funções preencher lacunas e auxiliar na interpretação do Direito. Anna Cândida da Cunha Ferraz salienta que “permeável, por definição, à realidade e às transformações sociais, o costume constitucional permite silenciosa e constante adaptação da Constituição ao tempo e às circunstâncias presentes³⁸”. Ao realizar a integração das normas, o costume altera o sentido e o alcance da Constituição sem alterar o seu texto, realizando assim a mutação constitucional.

4 A CONSTITUIÇÃO E A REALIDADE DO ESTADO BRASILEIRO

A Constituição de um país é sempre a imagem dos ideais de um povo que está localizado em um território estabelecido em uma determinada época, tendo significado de unidade. É na busca de homogeneidade que a Constituição traz em seu texto a síntese da diversidade entre valores sociais, culturais e políticos do Estado.

³⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986. p 211.

Recolhido na pós-modernidade, o Estado brasileiro hoje se encontra cada vez mais em declínio em relação aos seus fundamentos ideológicos. A concentração do Estado em sua forma mínima é uma exigência do neoliberalismo que pode ser sentida principalmente pelos países mais pobres e sua população, uma vez que eles ainda dependem de prestações básicas do Estado. Tal situação ainda é agravada porque, por muitas vezes, o Estado é o único provedor a quem eles podem recorrer.

A pós-modernidade não possui identidade própria; é uma reavaliação do pensamento moderno, com adição de indefinições e com ausência de clareza. Alguns conflitos da modernidade ainda estão pendentes, como conflitos entre raças, religiões e etnias, e parece que nenhuma decisão está sendo tomada na tentativa de solucioná-los.

A atual estrutura da sociedade e a maneira que os indivíduos estão vivendo hoje revelam diversas mudanças. Os tempos modernos não existem mais e as pessoas estão mais preocupadas com o papel que devem representar na sociedade de acordo com sua riqueza, prestígio ou poder, do que com a resolução dos conflitos que as cercam. A sociedade, marcada pela violência, abandona os instrumentos de solidariedade social, preocupando-se apenas com o indivíduo e desconfiando das ações coletivas, ainda como reflexo do individualismo possessivo do início da era moderna.

A globalização ainda em crescente desenvolvimento continua gerando efeitos sobre várias esferas, tais como a economia, a política e as estruturas sociais. A condição pós-moderna revela o que a tecnologia fez com o arcabouço do que esperava ser a sociedade. Nunca no mundo houve tanta produção de riqueza concentrada nas mãos de tão poucos. O resultado é uma produção generalizada da pobreza, separando cada vez mais as massas e as minorias. Tal estratificação social não pode ser restringida apenas ao poder econômico, pois ela é principalmente política.

Quanto mais Direito, mais liberdade, mais perto estamos de uma sociedade racional. Mas surge com isso um problema: como chegamos a uma sociedade cheia de Direitos, mas sem justiça? A perda da autonomia do Estado soa como uma ameaça

à sobrevivência do Direito, pois este também fica sem efetividade frente à comunidade política na qual está inserido. Assevera Eduardo Bittar:

O Estado encontra-se desafiado em sua concepção de matriz, em sua determinação de estrutural, bem como em sua capacidade de agir. A capacidade de agir de um Estado pode ser medida, entre outros instrumentos, pela sua capacidade de gerar o atendimento de expectativas sociais. Não se duvida de que o Estado tenha regras e normas para si, o que se põe em questão é a capacidade destas regras e normas se tornarem presentes, beneficentemente, na condução das políticas públicas, sobretudo considerando-se os limites auto-impostos pelo Estado de direito a si mesmo (o que significa, agir respeitando direitos fundamentais, punindo dentro dos limites legais etc.).³⁹

O Direito é monopólio do Estado, resultado da organização da força social de um tempo e lugar determinados. Hoje o Direito não é mais exclusivamente dependente da religião, mas é fruto de um processo de aquisição dos anseios de justiça de uma sociedade, da mesma forma que anseios morais sob a ótica de uma determinada ética social, como forma de evitar conflitos sociais. Para solução de tais conflitos, muitas vezes é necessário que parte da liberdade individual seja suprimida para garantir a sobrevivência da sociedade.

O grande debate da pós-modernidade gira em torno do discurso do erro da modernidade durante o século XX, que foi marcado por profundas contradições. Foi um século de assinaturas de tratados de paz, lutas pela defesa da dignidade da pessoa humana, mas, por outro lado, junto com o fracasso da modernidade vieram grandes guerras e a ampliação de desigualdades. A pós-modernidade encontra-se cercada por incerteza, insegurança e falta de garantia que podem ser sentidas por toda a sociedade, bem como são reflexos do comportamento dos Estados.

O medo contemporâneo fez com que as elites se isolassem; elas acabaram optando, de livre vontade, em gastar parte de suas riquezas para viver independente do resto da população, que continua pagando um preço altíssimo por sua exclusão nesse presente isolamento.

Isso é reflexo de um amontoado de notícias sem qualificação, o declínio do Estado e o fim das ideologias; dos mal-estares da pós-modernidade que busca cada vez mais

³⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 384/385

sua liberdade individual, mas não consegue se livrar das amarras que a prendem à sociedade, onde as massas e as minorias estão em constante conflito.

A relação entre os indivíduos é de competição; de poder. Seduzidos por uma segurança vendida pelo mercado, somente são considerados socialmente incluídos os que são consumidores em potencial. Com isso cresce a sensação de individualização, o que acaba por conduzir a uma perda das referências da conduta social, sendo o público cada vez mais dominado pelo privado.

Com isso, as crises de instabilidade da pós-modernidade podem facilmente ser percebidas em vários âmbitos, pois elas são generalizadas, atingindo, por exemplo, o campo da moral, da política, do conhecimento, das instituições de vida social e do Estado indistintamente.

A Constituição de um Estado é considerada o estatuto do governo, indicada como documento fundamental de escolhas axiológicas para certo povo em determinado tempo e lugar. É a síntese da diversidade de valores culturais e sociais, devendo buscar uma homogeneidade entre eles. Além disso, é ela quem define as relações de poder e garante direitos fundamentais de todos, uma vez que não há como garantir a liberdade individual sem que exista a liberdade do grupo.

O grande problema das constituições pós-modernas é que por diversas vezes elas existem formalmente, como documentos, mas são vazias de conteúdo sociológico capazes de trazerem eficácia ao que nelas está determinado. Esse tipo de constituição sem valores identificáveis socialmente está a um passo de ser arbitrária, o que pode gerar violência e agravar a luta de todos contra todos.

Para sobrecarregar a situação da realidade Estado brasileiro frente à Constituição em vigor, vê-se que “a ‘constitucionalização’ de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição”⁴⁰. Assim, os interesses de uma parte da sociedade prevalecem sobre todos, impedindo que a Constituição,

⁴⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 21.

guiada pela sua força normativa – construída a partir de pressupostos de conteúdo e práxis – seja o verdadeiro reflexo de sua sociedade e seu tempo.

4.1 O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE

As transformações do Direito realizadas por mudanças principalmente nos fundamentos políticos e econômicos do Estado têm suas conseqüências refletidas diretamente na sociedade. Os limites impostos pelo positivismo normativista não mais se encaixam com o universo jurídico influenciado diretamente pela perspectiva liberal. Na tentativa de ampliar os paradigmas são encontrados

De um lado, esse pensamento não abre mão da racionalidade formal, considerando-a um pilar fundamental para a institucionalização da liberdade e das garantias individuais no âmbito das sociedades de classe. De outro lado, contudo, está consciente das limitações do positivismo como ideologia – aquela que considera o direito justo independentemente de seu conteúdo, apenas e exclusivamente porque ele permite a consecução de certos fins considerados desejáveis a partir de determinados procedimentos formais ⁴¹.

Dessa forma, o Direito não pode ser legitimamente usado unicamente como instrumento para que levar à prática por meio de providências concretas as estratégias requeridas pelo desenvolvimento econômico. A questão que se coloca é que legitimidade e justiça não são acoplados com muita facilidade. Tem-se um elevado índice de corrupção, favoritismo, nepotismo e tráfico de influências no Estado brasileiro, confluindo na desigualdade social, como alerta Celso Fernandes Campilongo:

A desigualdade do contexto social transfere para os “direitos” extra-estatais a violência que a caracteriza. Ao lado da legalidade estatal passam a conviver, em perigosa simbiose, as “legalidades” dos morros controlados por traficantes, dos grupos de extermínio e de outras máfias de uma sociedade em crise.⁴²

Projetado juridicamente e realizado socialmente, o Direito representa uma forma de normalização do poder social. Pelo emprego do Direito e a associação entre técnica, saber e poder, o Estado tem tido mais controle e dado menos liberdade aos indivíduos.

Disso decorre o problema do direito não ser realizado por um poder legítimo⁴³ ou atribuir simbolicamente efeitos diversos do que os necessários para a resolução das crises atravessadas pelos cidadãos em um determinado momento histórico. Dentro dessa perspectiva, Habermas indica a utilização do poder para a realização dos pressupostos jurídicos, uma vez que:

⁴¹ FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1988.p. 94.

⁴² CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 60

⁴³ “Um aspecto peculiar no pensamento de Hannah Arendt, a esse respeito, é que o conceito de poder não admite a adjetivação, a expressão poder legítimo é redundante, pois que o ‘poder’ ilegítimo não é poder mas comumente quer referir-se a fenômenos completamente diversos: são eles a força individual ou vigor (strength), a força (force) e a violência (violence).” ADEODATO, João Maurício Leitão. *O Problema da Legitimidade – No Rastro de Hannah Arendt*. São Paulo: Forense Universitária, 1989. p. 172.

Com muita freqüência o direito confere a aparência de legitimidade ao poder ilegítimo. À primeira vista, ele não denota se as realizações de integração jurídica estão apoiadas no assentimento dos cidadãos associados, ou se resultam de mera autoprogramação do Estado e do poder estrutural da sociedade; tampouco revela se elas, apoiadas neste substrato material, produzem por si mesmas a necessária lealdade das massas⁴⁴.

A crise do Estado de Direito, principalmente na sua esfera política e social, é refletida na crise de legitimidade que acaba por ser reconhecida socialmente mais pela utilização reiterada de determinados procedimentos do que propriamente pelo exercício legítimo das atividades constitucionalmente previstas para os poderes que genuinamente têm o ônus da realização jurídica de acordo com as aspirações sociais.

Por meio disso, a legitimidade garantida somente pelo procedimento, sem ter um alicerce socialmente construído, resultará somente no atendimento dos interesses das classes política e economicamente dominantes, pela colocação de um caráter simbolicamente legítimo para uma manobra jurídica que é vazia de legitimidade nos seus desígnios. Com isso, corrobora-se a lição de Bourdieu, para quem:

A legitimidade, que se acha praticamente conferida ao direito e aos agentes jurídicos pela rotina dos usos que dela fazem, não pode ser compreendida nem como efeito do reconhecimento universal concedido pelos 'justiciáveis' a uma jurisdição que, como que a ideologia profissional do campo dos juristas, seria o enunciado de valores universais e eternos, portanto, transcendentais aos interesses particulares, nem, pelo contrário, como efeito da adesão inevitavelmente obtida por aquilo que não passaria de um registro do estado dos costumes, das relações de força ou, mais precisamente, dos interesses dos dominantes⁴⁵.

Destarte, o poder não consegue atingir legitimamente os objetivos que são constitucionalmente designados para que possam ser por ele cumpridos, criando novas realidades por intermédio da manifestação simbólica e velada dos interesses escusos que teimam em circundar o campo jurídico para que este seja destituído de sua função eficaz.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. I. p. 62.

⁴⁵ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz (português de Portugal). 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 242.

5 A FRAUDE À CONSTITUIÇÃO NOS PODERES DO ESTADO

5.1 PODER EXECUTIVO

O Poder Executivo tem a representação maior do Estado brasileiro, fruto de causas históricas, econômicas, ideológicas e políticas que nem sempre estiveram de acordo com a realidade cultural do país. Tal afirmativa pode ser percebida observando-se as várias políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo que são mal distribuídas ou gerenciadas, não conseguindo assim atingir o seu objetivo administrativo.

O presidente tem ampla iniciativa de leis complementares e ordinárias – iniciativa privativa de legislação – e, além disso, o Poder Executivo por vezes abusa de sua competência para edição de medidas provisórias, utilizando-as contrariamente ao disposto na Constituição da República sobre urgência e relevância, o que acaba por ferir o princípio da separação dos poderes e prejudica o Estado como um todo. Vale salientar que a ofensa ao princípio da separação dos poderes não se dá pelo exercício de função típica de competência de outro poder, mas sim pela concentração de poderes e desrespeito ao limites constitucionalmente determinados que garantem o padrão do Estado Democrático de Direito. Conforme ressalta Maria Victoria Benevides:

Nunca vi na história brasileira, em períodos que não são considerados ditaduras, uma tal concentração de poderes. O presidente concentra poderes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Quando pressiona o Judiciário, quando impede ações diretas de inconstitucionalidade. Ele exercita o poder por meio de milhares de medidas provisórias, isso caracteriza o presidencialismo imperial.⁴⁶

A Constituição da República determina em seu art. 62, com redação dada pela emenda constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, que unicamente em caso de relevância e urgência poderão ser editadas, com força de lei, as medidas provisórias. Pela nova redação, o prazo de vigência da medida provisória, determinado constitucionalmente, é de sessenta dias, o dobro do prazo anterior. Quanto ao prazo para sua apreciação pelo Congresso Nacional, este será de quarenta e cinco dias contados da data de publicação da medida provisória, sob pena de entrar em tramitação sob regime de urgência, sobrestando as demais deliberações legislativas das Casas do Congresso Nacional. Ainda em relação aos prazos, a medida provisória somente poderá ser prorrogada uma única vez por igual período de vigência, contados da data de sua publicação, caso não tenha sua votação encerrada nas Casas do Congresso Nacional.

⁴⁶ BENEVIDES, Maria Victoria. “Cidadão comum está abandonado” (entrevista). *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro *apud* MORAES FILHO, José Filomeno. *Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política*. In BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Marcantonio Mont’alverne Barreto; SOUZA NETO, Claudio Pereira *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Anteriormente, as medidas provisórias deveriam ser votadas em sessão conjunta das Casas do Congresso Nacional; hoje a votação passa separadamente pelas casas, primeiramente pelo plenário da Câmara e após pelo plenário do Senado. Caso seja aprovada, cabe a promulgação ao Presidente do Senado.

A fraude realizada pelo Poder Executivo pode ser observada em relação às medidas provisórias que estavam em vigor antes da publicação da emenda à Constituição n. 32. Referida emenda estabelece em seu art. 2º que as medidas provisórias editadas em data anterior à de sua publicação continuariam em vigor até que medida provisória ulterior as revogasse explicitamente ou até deliberação do Congresso Nacional. Tal previsão parece ter se tornado inócua pois no lapso temporal relativo ao um mês anterior à publicação da emenda à Constituição n. 32, foram publicadas o espantoso número de setenta e duas medidas provisórias entre 27 de agosto de 2001 a dez de setembro de 2001. Dessas medidas provisórias, apenas nove foram convertidas em lei e onze foram revogadas.

Desde a alteração legislativa provocada pela emenda à Constituição n.32 foram editadas 442 medidas provisórias, contabilizando as que ainda estão em tramitação⁴⁷. Isso resulta em uma média de quase cinco medidas provisórias editadas por mês nos últimos sete anos. De acordo com um levantamento⁴⁸ realizado em 2006 pelo Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar – Diap – mais de 900 medidas provisórias tinham sido editadas no Brasil e alcançaram a impressionante marca de 5.491 reedições de medidas provisórias durante esse mesmo período. Nessa delimitação temporal a chefia do Poder Executivo foi exercida por cinco presidentes da República: José Sarney, Fernando Collor, Itamar Franco, Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva. Percebe-se, assim, que a excessiva utilização do instituto legislativo da medida provisória ultrapassa as representações partidárias, prejudicando a ordem jurídica entre os poderes do Estado:

⁴⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Quadro/_Quadro%20Geral.htm. Acesso em: 07 out. 2008.

⁴⁸ LOURENÇO, Iolando e CHAGAS, Marcos. *Nos últimos 18 anos, mais de 900 medidas provisórias legislaram no Brasil*. Disponível em: <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2006/07/09/materia.2006-07-09.7650398155/view>. Acesso em: 18 maio 2008.

No ano corrente a edição de medidas provisórias diminuiu, tendo sido editadas 24 medidas provisórias de 1º de janeiro a 17 de julho. QUEIROZ, Antônio Augusto. *Legislativo: balanço do 1º semestre*. Disponível em: <http://diap.ps5.com.br/content/0,1,82250,0,0.html>. Acesso em: 19 set.2008.

a falta de bases políticas para operacionalizar a governabilidade tem sido fator determinante para o desrespeito a texto literal da Constituição (art. 63, CF/1988: “Em caso de relevância e urgência, o presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”), o que vem gerando o solapamento da idéia de tripartição de poderes, na medida em que o Executivo se arroga o direito de emanar normas (medidas provisórias), e de reeditá-las, para legislar sobre os mais variados temas (inclusive sobre temas expressamente vedados pelo §1º do Texto Constitucional, como tributação), em desrespeito profundo aos próprios critérios constitucionais de urgência e relevância, criando-se um Estado altamente conflituosos na configuração de seus ordenamento jurídico, coalhado de antinomias e regras desconexas⁴⁹.

É evidente que a análise dos pressupostos de relevância e urgência deve ser realizada pelo chefe do Poder Executivo, mas não significa que este será o único momento em que tal verificação do atendimento dos pressupostos pode ser realizada. Após a realização discricionária da análise pelo Poder Executivo, a medida provisória editada deverá passar pelo controle do Poder Legislativo, por meio do Congresso Nacional, onde será realizado um exame de caráter eminentemente político, que se tem revelado por uma atuação discreta e moderada para as hipóteses de rejeição.

Tal postura de controle ínfimo acaba por permitir que o número de medidas provisórias editadas continue crescendo vertiginosamente, uma vez que “a observação das medidas provisórias editadas aponta que o instrumento tem sido utilizado também em incursões desestabilizadoras da garantia constitucional do devido processo legal, com as modificações abruptas da legislação processual civil⁵⁰”, com o Poder Executivo tratando com desdém os pressupostos constitucionais de relevância e urgência.

Do mesmo modo, para que a fraude realizada pelo Poder Executivo por meio do exercício exorbitante de sua função legislativa atípica seja combatida, é necessário que, com fulcro no art, 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, ela também

⁴⁹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 251.

⁵⁰ MORAES FILHO, José Filomeno. *Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e prática política*. In BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Marcantonio Mont'alverme Barreto; SOUZA NETO, Claudio Pereira *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 188.

seja levada para a realização do controle de outro poder do Estado, uma vez que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Apesar desta possibilidade de controle, o Poder Executivo encontra na inconsistência⁵¹ do Supremo Tribunal Federal em realizar o controle dos pressupostos de relevância e urgência das medidas provisórias uma oportunidade para continuar realizando alterações no texto constitucional valendo-se dessa modalidade legislativa, escarnecendo dos requisitos e limites que são impostos do poder reformador, e:

Finalmente, cabe observar que as situações excepcionais e as crises institucionais conduzem ou induzem, com frequência, os detentores do Poder Executivo a praticarem atos inconstitucionais, que percorrem um variado caminho, desde o exercício, puro e simples, de poderes exceção não previstos na Constituição, até o uso de poderes dessa ordem, previstos na Constituição, para subvertê-la, mediante golpes de Estado⁵².

Dessa maneira, a medida provisória ataca diretamente o princípio da legalidade, uma vez que o Poder Executivo abusa ou não age de acordo as disposições constitucionais de tal medida, que tem atributos legislativos. Para isso utilizam o discurso de justificativa que a larga utilização das medidas provisórias serve para conformar a Constituição da República com a eficácia dos direitos esperada pela sociedade.

⁵¹ Exemplo histórico acerca da falta de estabilidade do Poder Judiciário é dado por BARACHO JUNIOR, José Alfredo: “No governo Hermes da Fonseca, decisões do Supremo Tribunal Federal foram descumpridas pelo Poder Executivo. Os problemas do Executivo com o Supremo Tribunal Federal também tiveram lugar após a Revolução de 1930. Houve uma redução do número de membros do Tribunal de 15 para 11. Durante o governo Vargas, vários ministros foram exonerados e as regras sobre o funcionamento do Supremo Tribunal Federal foram várias vezes modificadas. A Constituição de 1937 permitia ao Congresso Nacional, mediante solicitação do Presidente, tornar sem efeito decisões do Supremo Tribunal Federal. Como o Congresso não teve funcionamento regular durante o Estado Novo, o próprio Getúlio Vargas acabou tornando sem efeito decisões do Supremo Tribunal Federal, por meio de decretos-lei.” A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 333.

⁵² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986. p. 249.

5.2 PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário encontra-se não só vinculado à Constituição da República ao cumprimento de suas determinações, bem como é ele quem é competente para realizar o controle de constitucionalidade dos atos de outros poderes. O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, deve prezar também pelo desenvolvimento da Constituição da República do Brasil para garantir a eficácia dos direitos, aqueles cujo reconhecimento a sociedade tanto almeja. Segundo Celso Fernandes Campilongo,

Há quem veja no Judiciário uma importante instância de reconhecimento e legitimação dos novos movimentos sociais e critique esse desprezo. Há, de outra parte, quem, sem abandonar por completo a esfera institucional, a entenda limitada e incorrigivelmente viciada.⁵³

⁵³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 64.

O Poder Judiciário está à frente do que deve ser feito para que as escolhas determinadas na Constituição sejam concretizadas. Foi esperada por muitos anos a reforma do Poder Judiciário, mas que no final restou demonstrado que trouxe poucos avanços, ainda existindo restrições à democracia nos tribunais brasileiros.

É pela realização do controle de constitucionalidade que o Poder Judiciário analisa se uma norma infraconstitucional está de acordo com o texto constitucional. Assim, é mediante o exercício da jurisdição constitucional que será realizada a interpretação das normas constitucionais de maneira definitiva, sempre em busca da garantia da supremacia da Constituição, pois:

A jurisdição constitucional é, como qualquer jurisdição, execução de normas. (...) Tem os seus limites onde já não podem ser aplicadas normas jurídicas. A jurisprudência ultrapassa os seus limites quando queira ir, sem autorização especial, além da interpretação e aplicação do direito vigente.⁵⁴

O controle de constitucionalidade brasileiro é realizado de forma mista, uma vez que o Poder Judiciário pode ser provocado por via de ação ou por via de exceção. Dessa maneira, além do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos do Poder Judiciário exercem a jurisdição constitucional, decidindo acerca da constitucionalidade de determinados atos jurídicos.

A primeira forma de controle de constitucionalidade, por via de ação no controle concentrado, pode ser efetuada por meio de ações movidas por autoridades com legitimidade determinada pela Constituição ou nas leis que tratam especificamente do assunto. A competência para o processamento e julgamento das ações de controle de constitucionalidade também está fixada pela Constituição e nas leis, cabendo ao Supremo Tribunal Federal julgar nas hipóteses de contrariedade à Constituição da República e aos Tribunais de Justiça dos estados as respectivas ações contra leis que não obedeçam ao disposto nas Constituições estaduais.

Cada ação do controle concentrado tem um objeto diferenciado: Ação Direta de Inconstitucionalidade Federal, em sua forma comissiva ou omissiva, trata da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em relação à

⁵⁴ BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 2008. p. 28.

Constituição Federal, sendo que a Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual é relativa à lei ou ato normativo estadual ou municipal contra a Constituição Estadual; Ação Declaratória de Constitucionalidade decide sobre lei ou ato normativo federal em contrariedade com a Constituição Federal; Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva Federal examina decreto interventivo da União nos Estados, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva Estadual, por sua vez, analisa a constitucionalidade de decreto interventivo dos Estados nos Municípios; e por fim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental analisa lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal em face da Constituição Federal.

Por seu turno, no controle difuso a constitucionalidade é analisada incidentalmente dentro de uma ação que não tem como objetivo principal a realização do controle de constitucionalidade, e sim a resolução de um conflito de direito material entre as partes a partir de um caso concreto. A declaração de inconstitucionalidade realizada pelo controle difuso terá efeito somente entre as partes. Dessa forma,

ao intérprete da Constituição cabe assegurar a efetividade do processo de criação democrática do direito. A função do tribunal constitucional não é garantir direitos (liberais) nem definir uma ordem de valores (comunitária), mas é especificamente zelar para que a criação do direito, em primeiro lugar, se realize segundo os critérios estabelecidos pela comunidade e, em segundo lugar, ocorra de modo democrático⁵⁵.

A função do controle de constitucionalidade não trata da assunção pelo Poder Judiciário de um posto de legislação concorrente, mesmo que ele seja assim assumido tacitamente. Importa em fraude quando não são devidamente justificadas a todos os cidadãos quais foram as posições tomadas em nome do interesse público. O controle pode ser considerado, assim, um meio de correção de fraudes à Constituição e aos mesmo tempo pode ser considerado propriamente como uma forma específica de fraudar a Constituição.

⁵⁵ LEITE, Roberto Basilone. Hermenêutica Constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. In LOIS, Cecília Caballero (org). *Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça*. São Paulo: Landy Editora, 2006. p.220

5.3 PODER LEGISLATIVO

A atividade jurídica brasileira ainda gira precipuamente em torno de textos normativos, cabendo ao Poder Legislativo determinar qual será o Direito aplicado. Mas este não é o único problema, como ressalta Boaventura de Souza Santos:

Defendo, assim, que a “falsa consciência” do direito nas sociedades capitalistas não reside tanto na discrepância entre o direito legislado e o direito aplicado, como geralmente se pensa, mas antes numa construção social bem urdida que converte o direito estatal na única forma de direito, supondo assim que suprime o direito doméstico, o direito da produção, o direito da troca, o direito da comunidade e o direito sistêmico, sem os quais, de facto, o direito territorial não funcionaria como funciona nas nossas sociedades.⁵⁶

O Poder Legislativo brasileiro é formado por legisladores que muitas vezes são influenciados diretamente por uma atividade política com intenções privadas, não se preocupando com os interesses públicos. Via de regra, a atividade política deve

⁵⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 319.

cuidar da esfera pública, e é tanto limitadora como limitada pelo Direito, pois estão previstos na Constituição da República a formação do Poder Legislativo por meio do voto popular bem como os limites a serem respeitados para a edição das leis.

O que pode ser visto no Poder Legislativo brasileiro são cada vez mais parlamentares envolvidos em escândalos políticos, sendo absolvidos diuturnamente por seus pares, que exercem o poder servindo-se de influências obtidas por um lobby velado, parecendo não se importar com a expressa previsão constitucional de proteção aos direitos e garantias fundamentais.

Há um número excessivo de leis e decretos em vigor, várias editadas sem nenhuma eficácia social, e ainda há aquelas leis em que o mau uso da linguagem prejudica a sua aplicação, dificultando o trabalho do Poder Executivo e principalmente do Judiciário. Essa demasiada produção legislativa é estéril, posto que

ainda que o legislador ou mesmo um capaz cientista do direito se esforce para considerar previamente todas as situações que, eventualmente, possam vir a integrar o campo de incidência de uma norma qualquer, para então fixar o(s) sentido(s) do respectivo texto legal, a fim de moldar a priori a aplicação do Direito, seria impossível esgotar, definir ou sequer limitar, mesmo que num amplo, mas frágil, rol, todas as possibilidades⁵⁷

Como fruto de tal situação, pode ser verificado que a repetição de emendas constitucionais pelo Poder Legislativo quando ocorrem com o objetivo de constitucionalizar leis e atos normativos infraconstitucionais – que foram em sua origem proclamados inconstitucionais nos controles difuso e concentrado – fraudam não apenas a Constituição, por exercício abusivo do processo legislativo, como impede o Direito de proteger um eventual direito material violado por essas leis pela via concreta, uma vez que

É do Princípio Fundamental do Estado de Direito que se extraem os Direitos e Garantias Fundamentais constitucionalmente declarados e, assim, positivados, como decorrentes do seu desenvolvimento: a segurança ou a certeza jurídica e a proteção à confiança. Se a Reforma do Estado se viabilizar mediante emenda que desconsidere a vedação da retroatividade retroativa onerosa insulpada no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição, nascerá, destarte, sob o signo de uma *fraus constitutioni*⁵⁸.

⁵⁷ COURA, Alexandre de Castro. *Interpretação e aplicação dos Direitos Fundamentais: uma disputa de paradigmas. Reflexões acerca da legitimidade das decisões judiciais e da efetividade dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito*. p. 31.

No mesmo sentido realça Marcelo Cattoni:

é preciso denunciar: maiorias políticas, no governo ou fora dele, maiorias essas sempre conjunturais, têm insistido em novas emendas constitucionais, até mesmo em revisões facilitadas, na expectativa excessiva de que desse modo seriam resolvidos todos os problemas sociais, econômicos, políticos, para não dizer os problemas de efetividade do Direito ou mesmo “morais”⁵⁹.

O problema da fraude à Constituição realizada pelo Poder Legislativo reside se o fundamento de validade de uma lei originariamente inconstitucional for modificado por emenda constitucional superveniente. Celso Antonio Bandeira de Mello⁶⁰ traça quatro alternativas para deslindar tal problema. Na primeira, partindo da premissa da regra não ter sido oficialmente reconhecida como inconstitucional, não há o que ser discutido, uma vez que tal regra pode ser considerada válida, posto que não fora declarada inconstitucional. Cabe lembrar que proclamação de inconstitucionalidade será sempre constitutiva no modelo abstrato, tendo como efeito a retirada da regra do ordenamento jurídico. A exceção encontra-se no controle de constitucionalidade incidental, uma vez que o juiz, ao analisar o caso concreto, deixa de aplicar uma regra por reputar ser inconstitucional naquele episódio, não tendo o condão de declarar a inconstitucionalidade *erga omnes* ou determinar a retirada da regra do ordenamento.

Na segunda alternativa, a discussão se dá acerca da possibilidade da regra efetivamente declarada inconstitucional ser retroativamente validada por emenda constitucional superveniente. É imperioso lembrar que em nosso sistema jurídico vigora o princípio da irretroatividade das leis. Assim, a emenda constitucional não tem o poder de retroagir para garantir validade a uma lei que originariamente não a possuía. O problema desse raciocínio é pressupor que a inconstitucionalidade é uma espécie de nulidade e, como tal, plena e auto-evidente.

⁵⁸ DIAS, Francisco Mauro. Estado de Direito, Direitos Humanos (Direitos Fundamentais), Segurança Jurídica e Reforma do Estado. *Revista Ciências Sociais*, Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, Edição Especial Direitos Humanos, dez. 1997. p. 233

⁵⁹ CATTONI, Marcelo. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 71.

⁶⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Leis Originariamente Inconstitucionais Compatíveis com Emenda Constitucional Superveniente. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, 1999. p. 87 e ss.

Ainda sob o signo do princípio da irretroatividade das leis, a terceira alternativa exegética repousa sobre a possibilidade da regra originariamente inconstitucional gozar de validade a partir da entrada em vigor da emenda constitucional, podendo a regra gerar efeitos normalmente a partir deste momento. Tal interpretação pode ser considerada como

(...) burla ao próprio sistema, efetuável mediante produção de leis inconstitucionais em antecipação a Emendas futuras ou, dito pelo inverso, bloquear-se-ia o reconhecimento de inconstitucionalidades, graças ao expediente de produzir emenda sucessiva, o que representaria uma fragilização do sistema⁶¹.

Dessa forma, sob pena de ser configurada a fraude a Constituição, não pode ser admitido que emenda constitucional confira validade, ainda que de forma não retroativa, a regras maculadas com inconstitucionalidade em sua origem. Tal possibilidade de fraude pode ser percebida com clareza solar nas hipóteses em que a emenda constitucional é editada pouco depois da regra ser proclamada inconstitucional, demonstrando assim ter como único objetivo sanar o defeito que a regra originariamente continha, dando a aparência de que o ordenamento acolhe a própria transgressão.

A quarta e última alternativa seria considerar que a regra originariamente continua sendo inconstitucional, ou seja, inválida em face do ordenamento jurídico em vigor. Caso o legislador entenda ser necessário o tratamento da matéria por regulamentação infraconstitucional, uma nova lei de igual teor poderá ser editada para que seja considerada válida e constitucionalmente acolhida.

5.3.1 A Legislação simbólica

A atividade legislativa é o momento em que os sistemas político e jurídico se encontram para a feitura de atos normativos capazes de realizar as aspirações e necessidades sociais. De maneira oposta, a legislação simbólica, que pode ser

⁶¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Leis Originariamente Inconstitucionais Compatíveis com Emenda Constitucional Superveniente. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, 1999. p. 93.

definida como a “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é a normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico⁶²”, não atende aos objetivos iniciais da atividade legislativa.

Marcelo Neves apresenta o modelo tricotômico das espécies de legislação simbólica de Kindermann⁶³, podendo ser os atos normativos classificados de acordo com o seu conteúdo para: confirmar valores sociais; demonstrar a capacidade de ação do Estado; e adiar a solução de conflitos através de compromissos dilatórios.

É na primeira hipótese que pode ser percebida a divisão dos grupos e os seus valores e interesses próprios. Cada grupo tenta demonstrar sua superioridade por meio do convencimento do legislador para a edição de um ato legislativo que esteja em conformidade com os seus valores e, dessa forma, que os valores dissonantes de seus interesses não sejam considerados válidos. Essa “vitória legislativa” é realizada pela normatização de tais valores que simbolicamente demonstram quem são os vencedores e os vencidos, sendo de menor relevância a eficácia do instrumento normativo.

Para demonstrar a capacidade de ação do Estado em solucionar imediatamente as pressões exercidas pela população e gerar confiança nos sistemas jurídico e político é realizada a legislação-álibi, segunda espécie de legislação simbólica, que segue a crença instrumentalista ao atribuir à legislação o poder para resolver os anseios e problemas da sociedade⁶⁴. Corresponde à tentativa de simular a solução dos problemas sociais e colocar o legislador em posição de destaque frente à sociedade. O grande defeito da legislação-álibi está na relação existente entre a quantidade de atos legislativos expedidos sob seu pretexto e o êxito deles, pois quanto mais for utilizada maior será a probabilidade de não obter o efeito desejado quando a função de álibi é descoberta pela sociedade.

⁶² NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 30

⁶³ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 33/42.

⁶⁴ “Também em relação à escalada da criminalidade do Brasil a partir das duas últimas décadas do século XX, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como álibi, uma vez que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos socioeconômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor.” NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 38.

A última espécie de legislação simbólica é a utilização do instrumento normativo como fórmula de compromisso dilatatório, adiando os conflitos sociais. Isso significa que o ato legislativo expedido não tem o condão de resolver os problemas sociais, somente irá transferir a sua possibilidade de solução para um futuro indefinido. O ato será aprovado por todas as partes envolvidas política e juridicamente, uma vez que é evidente sua ineficácia enquanto instrumento normativo para resolução de conflitos sociais.

5.3.1.1 A constitucionalização simbólica

No que tange à legislação constitucional, de igual modo poderá ocorrer a constitucionalização simbólica, podendo ser dividida da mesma maneira que a legislação simbólica⁶⁵ em: constitucionalização simbólica destinada à corroboração de determinados valores sociais; a Constituição como forma de compromisso dilatatório; e a constitucionalização-álibi. As duas primeiras espécies são consideradas menos relevantes que a constitucionalização-álibi.

A primeira espécie aparece muitas vezes ligada a textos constitucionais autocráticos, apresentando a Constituição com dispositivos sem relevância normativo-jurídica, existente somente para confirmar as convicções de determinado grupo, por exemplo, no caso dos países africanos que após sua independência buscam a afirmação de princípios de autenticidade e negritude.

A Constituição como forma de compromisso dilatatório não atinge a generalidade do texto constitucional, tratando precisamente de encontrar uma fórmula que consiga, a

⁶⁵ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 102 e ss.

princípio, satisfazer os interesses contraditórios e adiar a decisão objetiva acerca dos anseios da sociedade. Dessa maneira, o texto constitucional poderá ser interpretado pelas partes conflitantes de maneira distinta, utilizando-se cada um dos argumentos e razões para que não haja apenas uma interpretação jurídica exata.

Por seu turno, a constitucionalização-álibi compromete todo o sistema jurídico constitucional, servindo como justificação ou escusa aos legisladores constitucionais, titulares da atividade constituinte originária e reformadora, que mostram um Estado como representante dos valores democráticos constitucionalmente previstos que não são possíveis de serem efetivados por causa do subdesenvolvimento da sociedade. A carência de concretização do texto constitucional está intimamente ligada à sua função simbólica, conforme expressa Marcelo Neves:

A identificação retórica do Estado e do governo com o modelo democrático ocidental encontra respaldo no documento constitucional. Em face da realidade social discrepante, o modelo constitucional é invocado pelos governantes como álibi: transfere-se a 'culpa' para a sociedade 'desorganizada e atrasada', 'descarregando-se' de 'responsabilidade' o Estado ou o governo constitucional⁶⁶.

Dessa forma, há uma contínua falta de harmonia na constitucionalização do Estado, uma vez que os dispositivos do texto constitucional originário, bem como os adicionados posteriormente por intermédio de emendas constitucionais, apesar de aparentarem na sua forma a potencialidade de solucionar os problemas sociais, resultam em uma conflituosa relação anteriormente prevista dos sistemas jurídico e político.

5.3.1.2 A eficácia simbólica

De modo diferente do que é realizado pela ideologia, o modo de atuação do sistema simbólico sempre conta com objetivos pré-determinados. Para cada manifestação, tem objeto, conteúdo e público específicos para serem atingidos, constantemente

⁶⁶ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 186.

agindo como se não existissem outros interesses por trás daqueles que foram apresentados.

Ao ocultar o sentido real e realizar o repasse de significados diversos sem que tal manobra seja percebida, os favorecidos pelo sistema simbólico alcançarão as vantagens previstas inicialmente de acordo com o número de pessoas que serão abrangidas por tal efeito. De maneira que quanto mais as pessoas estiverem alienadas a respeito de tal iniciativa, mais fácil será controlá-las para que os resultados determinados anteriormente sejam atingidos, conforme a seguinte observação de Bourdieu:

É próprio da eficácia simbólica, como se sabe, não poder exercer-se senão com a cumplicidade – tanto mais certa quanto mais inconsciente, e até mesmo *subtilmente* extorquida – daqueles que a suportam. Forma por excelência do discurso legítimo, o direito só pode exercer a sua eficácia específica na medida em que obtem o reconhecimento, quer dizer, na medida em que permanece desconhecida a parte maior ou menor do arbitrário que está na origem de seu funcionamento⁶⁷.(grifos nossos)

Ao lançar mão da legislação e da constitucionalização simbólicas em quaisquer de suas espécies, seja para confirmar valores sociais; demonstrar a capacidade de ação do Estado ou adiar a solução de conflitos através de compromissos dilatatórios, seus efeitos irão atingir diretamente a eficácia dos direitos, uma vez que passarão a imagem de que os anseios e conflitos da sociedade estariam resolvidos simplesmente pela manobra legislativa realizada:

Decorre daí a concepção do direito como simples trama de símbolos e ideais abstratos, a esconder do homem comum o fato de que os códigos e as leis normalmente se movem em múltiplas e incoerentes direções para satisfazer os interesses em conflitos do sistema social que servem.⁶⁸

Por mais que os instrumentos normativos produzidos sob o véu do sistema simbólico aparentem ser coerentes com os anseios sociais, na realidade é somente o fruto da tentativa de demonstrar que o Direito pode ser considerado seguro e atento para buscar soluções ao males que afligem seus cidadãos.

⁶⁷ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz (português de Portugal). 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 243.

⁶⁸ FARIA, José Eduardo. *Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1988. p.110.

Para que seja analisada a eficácia simbólica de determinada norma jurídica é necessário que seja verificada a sua aplicação e principalmente a sua executoriedade. Assim, é ameaçador à sobrevivência do Direito a possibilidade da perda de sua autonomia. Quanto mais velada for a legislação ou constitucionalização simbólica, mais chances a norma jurídica tem de ser aplicada e executada simplesmente por sua característica de exigibilidade.

Por outro lado, caso seja observado pela sociedade na aplicação de determinada norma jurídica que a imposição da lei foi realizada por motivos escusos que levem a questionar a sua juridicidade, ela restará esvaziada pela não por sua violação, mas sim por sua não observância e obediência.

Igualmente, a ineficácia e a inefetividade dos instrumentos normativos, principalmente o texto constitucional, surgem em um grau muito elevado, visto que as expectativas mediatas da sociedade bem como as do Estado não são atingidas, deparando assim com a forte carência de vigência social da lei. A proporção da crise enfrentada pelos poderes do Estado brasileiro alcança uma grande dimensão refletida no Direito. A representação simbólica da crise do Direito pode ser por vezes considerada mais grave do que a tensão realmente existente.

A eficácia simbólica pode ser determinada também pelo Poder Judiciário, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, que metaforicamente utiliza-se do pretexto de cumprimento à Constituição para determinar aspectos condicionantes na aplicação do texto constitucional.

Nessa linha, a decisão do Supremo Tribunal Federal, *por mais que esteja imbuída de um sentido pragmático e sustentada na melhor ciência jurídica*, pode (e, certamente assim será) representar uma afirmação do imaginário jurídico que justamente levou àquilo que hoje é combatido: o excesso de recursos e a multiplicação de demandas⁶⁹. (grifos dos autores)

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 29 de març o de 2008. p.26.

Isso significa que a Constituição pode ter sua eficácia restringida através de mutações constitucionais realizadas em seu texto, tendo em vista o objetivo de reduzir as demandas judiciais, dificultando sobremaneira o acesso à justiça e a prestação jurisdicional à sociedade. Ao impedir este ingresso ao Poder Judiciário, está sendo representado, simbolicamente, a eficácia do texto constitucional que deixa de ser aplicado.

5.4 MUTAÇÃO INCONSTITUCIONAL

Os processos de mutação manifestamente inconstitucionais – também reconhecidos como violações, falseamentos ou quebrantamentos da Constituição – podem alterar ou não o texto da Constituição e tem como características⁷⁰: a inconstitucionalidade facilmente percebida, o desrespeito aos limites fixados pelo constituinte e a ausência do controle de constitucionalidade. Assim, os processos de mutação manifestamente inconstitucionais violam o espírito da Constituição, produzindo irregularidades de alcance e intensidade variáveis, alterando ou não o texto constitucional. Isso ocorre porque

... na prática, as mutações inconstitucionais proliferam ou porquanto o controle de constitucionalidade é ineficaz, ou porque esse controle não logra atingir o universo de atos e práticas desenvolvidas no âmbito dos poderes constituídos, ou porque pela própria natureza do processo que ele subtrai, sem possibilidade de sanção, a qualquer controle de constitucionalidade exercido por órgão ou poder constituído.⁷¹

⁷⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986. p. 244 e 245.

⁷¹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito Constitucional – Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p 105.

Os efeitos gerados pela mutação inconstitucional poderão contrariar parcialmente a Constituição na aplicação de um caso concreto ou até gerar uma mudança completa da Constituição, passando pela ab-rogação, derrogação ou suspensão de efeitos de determinada norma constitucional e produção de rupturas no ordenamento jurídico.

A mutação ocorrida no art. 52, X, da Constituição da República, dispondo que “Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X- suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (...)” pode ser considerada inconstitucional. Percebe-se neste dispositivo a preocupação do legislador constituinte para fundamentar a participação democrática de dois poderes do Estado – Judiciário e Legislativo – nas declarações de inconstitucionalidade com efeito geral. Dessa forma garante-se a participação da sociedade na decisão sobre a inconstitucionalidade de uma lei produzida pela própria vontade geral.

A manifestação do Senado Federal tem o condão de suspender para todos a eficácia de uma norma que o Supremo Tribunal Federal suspendera com efeito apenas entre as partes pela declaração de inconstitucionalidade proferida em um caso concreto, no controle difuso. No caso do controle concentrado de inconstitucionalidade, a lei ou ato normativo declarado inconstitucional prescinde da suspensão de sua execução pelo Senado Federal, uma vez que os efeitos desse controle são *erga omnes* e vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal, conforme previsão legal do art. 28, parágrafo único da Lei n. 9.868/1999. Isso significa que a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado (abstrato) é suficiente para interromper sua aplicação no ordenamento jurídico. Em relação ao controle difuso, bastaria que o Supremo Tribunal Federal oficiasse ao Senado Federal para que este órgão, por uma decisão discricionária, editasse uma resolução suspendendo a lei declarada inconstitucional.

A modulação dos efeitos pode ser realizada no controle abstrato conforme previsão do art. 27 da Lei n. 9.868/99. Referido artigo prevê que 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.

A eficácia temporal, prevista na última parte do artigo citado, é compreendida sem maiores esforços uma vez que os efeitos deixarão de ser retroativos para terem uma eficácia *pro futuro*, a partir de uma data determinada ou *ex nunc*, a partir da decisão, ao preencher os requisitos de relevante interesse social ou razões de segurança jurídica, além dos votos de dois terços dos ministros.

Quanto aos efeitos subjetivos, a eficácia *erga omnes* do controle abstrato também poderá ser modulada, desde que sejam igualmente provados os requisitos exigidos no art. 27 da Lei n. 9.868/99, para que alguns atos praticados pelo Poder Público sejam afastados da incidência dos efeitos repristinatórios da declaração de inconstitucionalidade.

Apesar de previsão no texto constitucional ou na legislação ordinária para modulação dos efeitos no controle difuso ela está sendo aplicada pelo Supremo Tribunal Federal⁷² sob a aplicação aparente de mutação constitucional. A abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, ao redefinir o papel da declaração de inconstitucionalidade incidental, tem por objetivo estabelecer relações entre os efeitos dos controles de constitucionalidade difuso e concentrado, afastando a regra de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso sejam suportados apenas pelas partes.

Um exemplo dessa mutação pode ser verificada na Reclamação 4335-5, com base no julgamento do HC 82.959, que reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. Inicialmente, em decisão sobre a medida liminar, proferida em 21/08/2006, o relator Min. Gilmar Mendes, tendo em vista a declaração

⁷² “Ressalte-se, ainda, que as decisões do STF, com efeitos limitados, no julgamento do RE 197.971 (caso vereadores) e no próprio caso da progressão de regime (HC 82.959), são casos notórios a demonstrar que a Corte, ao prolatar referidas decisões, já lhe estava atribuindo efeito *erga omnes*”. Rcl 4335-5, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 01/02/2006 *in* Rodrigo; Lilian, MATSUURA. *Controle Constitucional: Não cabe ao Senado definir o alcance de decisão do STF*. Disponível em www.conjur.com.br/static/text/52497.3. Acesso em 21 de dezembro de 2008.

de inconstitucionalidade ter ocorrido *incidenter tantum* no controle difuso, fundamentou que:

Para que venha a ter eficácia para todos é necessária a comunicação da Corte Suprema ao Senado Federal, que, a seu critério, pode suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da CF). Sobre o tema, verifica-se do Regimento Interno do STF: "Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos artigos 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição." Assim, não havendo qualquer notícia de que o Senado Federal tenha sido comunicado e que tenha suspenso a eficácia do artigo declarado *incidenter tantum* inconstitucional, o que se tem até a presente data é que ainda está em vigor o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime. Se a decisão do Supremo Tribunal Federal tivesse sido tomada em sede de ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado), produziria eficácia contra todos e efeito vinculante, relativa aos demais órgãos do Judiciário e até à Administração Pública direta e indireta, nos exatos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal. Todavia, como dito, não foi o que se verificou - a decisão se deu no controle difuso. A remansosa e respeitada doutrina nacional tem pacificado esse entendimento sobre as formas de controle de constitucionalidade⁷³.

Posteriormente, no resgate histórico realizado em seu voto proferido em 01/02/2007, o Min. Gilmar Mendes afirma que o Supremo Tribunal Federal firmou posição desde 1977 sobre a dispensabilidade de intervenção do Senado Federal nos casos de declaração de inconstitucionalidade de lei proferida, à época, na representação de inconstitucionalidade, correspondendo ao controle abstrato. Atualmente conserva-se o mesmo entendimento, tendo em vista os efeitos *erga omnes* e vinculantes do controle abstrato.

Ainda, o Min. Gilmar Mendes reconstrói o histórico do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade e o papel do art. 52, X, da Constituição da República de 1988, fundamentando que aquele órgão tem apenas a função de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, cabendo à Corte Constitucional definir os efeitos da decisão.

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é

⁷³ Rcl 4335-5 MC, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 21/08/2006, publicado em DJ 25/08/2006, disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 20 de dezembro de 2008.

inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*⁷⁴. (grifos do autor.)

Ressalta ainda em seu voto que a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.

É imperioso observar que a Constituição da República de 1998 faz distinções entre o controle difuso e concentrado, sendo que este último somente surgiu no ordenamento brasileiro a partir da emenda à Constituição n. 16/1965, com a ação interventiva. Juntamente com a Constituição atualmente em vigor surgiram a ação direta de inconstitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, sendo reguladas pelas Leis n. 9.868/1999 e 9.882/1999. Nesse interstício, surgiu com a emenda à Constituição n. 3 a ação declaratória de constitucionalidade, mais um instrumento do controle concentrado.

A possibilidade de qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso gerar automaticamente os mesmos efeitos *erga omnes* e vinculantes de uma decisão proferida no controle abstrato, causaria prejuízos ao modelo constitucional de processo e aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Também seria um desrespeito à participação popular no controle de constitucionalidade ao fazer tabula rasa da previsão constitucional de manifestação do Senado Federal para conferir efeitos amplos à decisão em sede de controle de constitucionalidade difuso que só tenham efeitos *inter partes*.

Mas o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal*. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um

⁷⁴ Rcl 4335-5, Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 01/02/2006 *in* Rodrigo; Lilian, MATSUURA. *Controle Constitucional: Não cabe ao Senado definir o alcance de decisão do STF*. Disponível em www.conjur.com.br/static/text/52497.3. Acesso em 21 de dezembro de 2008.

caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988⁷⁵. (grifos dos autores.)

A Reclamação 4335-5 que após o voto-vista do Min. Eros Grau, acompanhando o relator; do voto do Min. Sepúlveda Pertence julgando-a improcedente, mas concedendo o *habeas corpus* de ofício para que o juízo de primeiro grau examine os requisitos para deferimento da progressão e do voto do Min. Joaquim Barbosa, que não conheceu da reclamação, mas concedeu *habeas corpus*, encontra-se, conforme dados sobre seu andamento no site⁷⁶ do Supremo Tribunal Federal, com vista ao Min. Ricardo Lewandowski.

Portanto, a mutação inconstitucional é considerada com uma espécie de fraude à Constituição mesmo que a experiência constitucional demonstre que em determinadas ocasiões, apesar da presença do vício de inconstitucionalidade, tais formas de descumprimento do texto constitucional acabam por prevalecer. Podem ser considerados também exemplos de mutações inconstitucionais as hipóteses de golpe de Estado e de colaboração entre os poderes de forma a alcançar uma concentração absolutista de poder não permitida constitucionalmente.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 29 de março de 2008. p. 6.

⁷⁶ Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 07 de janeiro de 2009.

6 A EXPERIMENTAÇÃO PRÁTICA DA FRAUDE

6.1 EMENDA CONSTITUCIONAL N. 3

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 939-7 foi a primeira oportunidade que o Supremo Tribunal Federal teve de enfrentar, discutir e decidir acerca de aspectos constitucionais de uma emenda constitucional. De relatoria do Ministro Sydney Sanches, teve sua ementa assim determinada em 15 de dezembro de 1993:

Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art.

150, VI, "a", da C.F.); 3. - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.

Por contrariar preceitos constitucionais, foi necessário que o Poder Judiciário se manifestasse em uma ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio com o objetivo de impugnar o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira – IPMF – instituído pela emenda constitucional n. 3, tendo como requeridos o Presidente da República e o Congresso Nacional.

O art. 2º da emenda constitucional n. 3 pode ser considerada como tentativa de fraude à Constituição uma vez que tenta abolir direitos e garantias individuais. Isso ocorre porque há em seu texto a previsão de impedimento da aplicação do princípio tributário da anterioridade tributária, presente na Constituição no art. 150, III, b, onde está determinado ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. É substancial citar parte do voto do Min. Marco Aurélio, quando ressalta a tentativa de fraude à Constituição:

(...) a tentativa de burlar as garantias constitucionais vigentes, drible que não pode prosperar, porquanto o inciso IV do §4º do artigo 60 é categórico no que veda a tramitação de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Buscou-se, mediante esse instrumento, que é a emenda constitucional, viabilizar um imposto que pela própria nomenclatura tem repercussões inconciliáveis com certas garantias do contribuinte.

Não obstante o prejuízo aos direitos e garantias individuais, o art. 2º da emenda constitucional n. 3 ainda maculava as limitações do poder de tributar quando, contrariamente ao constitucionalmente assentado, instituída o IPMF sobre o patrimônio, renda ou serviços da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, uns

sobre os outros; templos de qualquer culto; patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos; e sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão. Dessa forma, declara o Min. Celso de Mello que:

(...) os desvios inconstitucionais do Estado, no exercício do seu poder de tributar, geram, na ilegitimidade desse comportamento do aparelho governamental, efeitos perversos que, projetando-se nas relações jurídico-fiscais mantidas com os contribuintes, deformam os princípios que estruturam a ordem jurídica, subvertem as finalidades do sistema normativo e comprometem a integridade e a supremacia da própria Constituição da República.

Salta aos olhos que o IPMF, posteriormente convertido em contribuição provisória sobre as movimentações financeiras – CPMF – continuou sendo objeto de fraude à Constituição, uma vez que uma situação que deveria temporária acabou se tornando permanente. A citada contribuição foi revisitada pelas emendas constitucionais n. 12/1996, n. 21/1999 e n. 37/2002, prorrogando o prazo e alterando a sua destinação. Conforme expõe o Min. Celso de Mello,

(...) é preciso não perder de perspectiva que as emendas constitucionais podem revelar-se incompatíveis, também elas, com o texto da Constituição a que aderem. Daí, a sua plena sindicabilidade jurisdicional, especialmente em face do núcleo temático protegido pela cláusula de imutabilidade inscrita no art. 60, §4º, da Carta Federal.

Assim, o importante é que sejam obedecidos os objetivos estabelecidos para as emendas constitucionais, e sem soar redundante, que apesar de serem modalidades de alteração legislativa, elas sejam compatíveis com as garantias constitucionais preservadas no texto pelas cláusulas pétreas, existindo sempre a possibilidade da análise de sua constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

6.2 EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20

A Lei n. 9.718/98, promulgada em 27 de novembro de 1998, procedente da conversão da Medida Provisória n. 1724, com a data de edição de 29 de outubro de 1998, alterando a legislação tributária federal, estava incluída em um pacote de medidas do governo chamada de “reforma previdenciária” ou “reforma da previdência”. Referida lei ampliou a base de cálculo do PIS e da COFINS por meio de seu artigo 3º:

“Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica. (...)”

§1º Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotada para as receitas. “

O artigo mencionado ao determinar a incidência do PIS e da COFINS sobre a receita bruta violou diretamente o texto constitucional vigente à época, pois somente era autorizada a incidência de tais contribuições sobre o faturamento das empresas, ou seja, apenas pela venda de mercadoria e serviços. A inconstitucionalidade derivava do conflito entre o §1º, do art. 3º, supracitado e o disposto no art. 195, I, b, que tratava originalmente que as contribuições incidiriam sobre o faturamento.

Também como parte do pacote de medidas do governo foi editada a emenda constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, trazendo em seu bojo a modificação no sistema de previdência social, estabelecendo também suas normas

de transição, alterando vários artigos no texto constitucional. Tal emenda surgiu como uma tentativa de fraude à Constituição, uma vez que tentava constitucionalizar a Lei n. 9.718/98, o que não é permitido pelo ordenamento jurídico pátrio como ressaltam Gabriel Hernan Facal Villareal e Luiz Guilherme Medeiros Ferreira:

Pelo princípio do *tempus regit actum*, não há como se legitimar a inserção superveniente de fundamento constitucional de validade para normas flagrantemente inconstitucionais, sob pena de violação aos princípios regentes do direito intertemporal, vinculados intrinsecamente ao princípio da segurança jurídica⁷⁷.

Apesar disso, tentativas de justificar a fraude não faltaram. A justificativa para a constitucionalidade da Lei n. 9.718/98 e da emenda constitucional n. 20 parte de uma manipulação acerca de suas datas de publicação. Ricardo Lodi Rios, Procurador da Fazenda Nacional, sustenta que:

Ainda que, desconhecendo os precedentes do STF, se reconheça que a redação original do art. 195, I, da Constituição Federal não permitia a utilização da receita bruta como base de cálculo da COFINS, é constitucional a alteração na base de cálculo do tributo introduzida pela Lei n. 9.718/98, pois está de acordo com a nova redação dada ao referido dispositivo constitucional pela EC n. 20/98, já em vigor quando a legislação em comento começou a produzir efeitos⁷⁸.

Referido autor justifica que a nova redação do art. 195 da Constituição da República seria conhecida desde 11 de fevereiro de 1998, quando a proposta de emenda constitucional foi aprovada em primeiro turno pela Câmara e teve sua aprovação pelo Congresso Nacional em 4 de novembro de 1998. Remata que “*pouco importa que a lei tenha entrado em vigor antes da emenda constitucional. O que é realmente relevante é que ela só atingiu a fatos geradores ocorridos quando a emenda já estava em vigor*”⁷⁹.

A presente tentativa de fraude foi combatida pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 357.950-9, do Rio Grande do Sul, sendo declarada pelo Pleno, por votação unânime, a inconstitucionalidade do §1º, do art. 3º, da Lei n. 9.718/98 que

⁷⁷ VILLAREAL, Gabriel Hernan Facal e FERREIRA, Luiz Guilherme Medeiros Ferreira. Pis e Cofins: o Julgamento do RE 357.950-RS e os Desdobramentos Jurídicos da Decisão do STF. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo. ano 14. n. 66. p.149-164, jan/fev. 2006. p. 153/154.

⁷⁸ RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Constitucionalidade das Alterações Introduzidas na Cofins pela Lei n. 9.718/98. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo. v. 53, n. 53, p. 67/76, fev. 2000. p. 71.

⁷⁹ RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Constitucionalidade das Alterações Introduzidas na Cofins pela Lei n. 9.718/98. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo. v. 53, n. 53, p. 67/76, fev. 2000. p.. 72

ampliou o conceito de receita bruta e também não reconheceu a constitucionalidade superveniente no sistema jurídico brasileiro:

CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – ARTIGO 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998 – EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1998. O sistema jurídico brasileiro não contempla a figura da constitucionalidade superveniente.

TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO. A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – PIS – RECEITA BRUTA – NOÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718/98. A jurisprudência do Supremo, ante a redação do artigo 195 da Carta Federal anterior à Emenda Constitucional nº 20/98, consolidou-se no sentido de tomar as expressões receita bruta e faturamento como sinônimas, jungindo-as à venda de mercadorias, de serviços ou de mercadorias e serviços. É inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

Assim, restou combatida no Poder Judiciário a tentativa de fraude à Constituição pelo induzimento à constitucionalidade superveniente para uma lei ordinária conferida por uma emenda constitucional promulgada em data posterior, mesmo que falaciosamente fossem usados argumentos acerca do prévio conhecimento da legislação reformadora em comento.

6.3 EMENDA CONSTITUCIONAL N. 29

Outro exemplo que pode ser caracterizado como fraude à Constituição é a edição de emenda constitucional relativa a uma matéria que tenha sido objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário. Em decisão do Pleno⁸⁰ de 20 de novembro de 1996 fora declarada a inconstitucionalidade da progressividade fiscal do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU, estando a sua ementa assim redigida:

IPTU. Progressividade. - No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. - Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). - A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º. - Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o sub-item 2.2.3 do setor II da Tabela III da Lei 5.641, de 22.12.89, no município de Belo Horizonte.

De competência municipal, a cobrança de IPTU é realizada pela capacidade contributiva, sendo desnecessária a alíquota progressiva, posto que, por se tratar de

⁸⁰ RE 153771-0 - Minas Gerais.

um imposto real, quanto maior for o valor do imóvel, proporcionalmente maior será o valor do imposto a ser pago.

Depois dessa decisão foi promulgada a emenda constitucional n. 29, em 13 de setembro de 2000, que alterou os termos do §1º, do art. 156 da Constituição da República. De acordo com tal redação, o referido artigo dispõe sobre o IPTU:

Art. 156 (...)

§1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, §4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

Conseqüentemente, com a promulgação da emenda constitucional n. 29 o texto constitucional passou a admitir expressamente a progressividade do IPTU, que anteriormente já havia sido declarada inconstitucional. Conforme visto anteriormente, o sistema jurídico brasileiro não aceita a possibilidade de constitucionalização superveniente, sendo que a sua tentativa de aceitação pode ser considerada como uma fraude à Constituição, ferindo o direito fundamental de igualdade:

Assim sendo, se o legislador permite via emenda constitucional a adoção da progressividade no IPTU, ferir-se-ia a igualdade, uma vez que o imposto já é originalmente proporcional. Tal permissivo pode acarretar na desigualdade entre contribuintes que se encontram na mesma situação, *v.g.*, inobstante proprietários de imóveis de idêntico valor venal, pelas distintas localizações (regiões) dos mesmos, terão que suportar ônus tributário diferenciado.⁸¹

Dessa maneira, a emenda constitucional n. 29 promulgada pelo legislador reformador, violou o disposto no art. 60, §4º, da Constituição da República acerca da proteção dada pelas cláusulas pétreas aos direitos e garantias fundamentais. A constitucionalização da aplicação da progressividade na cobrança do IPTU não contou com nenhum tipo de justificativa plausível por parte do legislador reformador, além da utilização do princípio genérico e vago do interesse público, que comprovasse a real necessidade de tamanha modificação do texto constitucional, que refletiu em mudanças também na interpretação e aplicação do direito. Leonardo Pietro Antonelli ainda ressalta que:

⁸¹ ANTONELLI, Leonardo Pietro. Emenda Constitucional 29/2000 – Progressividade do IPTU: Inconstitucional correção legislativa da jurisprudência do STF. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo. ano 9. n. 39. p.960-115, jul/ago. 2001. p. 98/99.

Na verdade, o que pretendeu o legislador constituinte derivado não foi a “busca do equilíbrio à realização do bem coletivo”, sugerido por José Afonso da Silva; nem manter o caráter sistêmico do direito tributário ou adequar a interpretação de normas específicas aos pressupostos dogmáticos, nas palavras de Lang; tampouco corrigir ambigüidade ou falta de clareza da legislação pretérita que tenha levado o STF a adotar interpretação compatível com os pressupostos doutrinários da matéria, conforme escólio de Ricardo Lobo Torres; mas sim perpetrar uma tradição de direito positivo brasileiro em instituir “ilegalidades eficazes”, cujo objetivo é, notadamente, locupletar o Fisco sob o manto do sacrifício coletivo para o bem geral.⁸²

A emenda constitucional n. 29 modificou completamente o entendimento⁸³ do Supremo Tribunal Federal, que passou a considerar inconstitucional a cobrança de IPTU com alíquotas progressivas anteriormente à publicação de referida emenda, escangalhando com o entendimento anterior ao trazer uma constitucionalização superveniente de maneira disfarçada. É digno de admiração que um mesmo Tribunal, que expressamente não aceita a constitucionalização superveniente, possa tratar de maneiras tão diferentes hipóteses com características comuns acerca da inconstitucionalidade.

A incoerência do Supremo Tribunal Federal em primeiro negar a constitucionalidade superveniente, como no caso do julgamento do REExt. 357.950-9 anteriormente citado, para depois aceitar a constitucionalização da progressividade do IPTU por via da emenda constitucional n. 29 se repete na ADIn 2010⁸⁴.

Referida ADIn tinha por objeto a Lei 9783/99, que instituía a contribuição previdenciária do servidor público aposentado contrariando o texto constitucional

⁸² ANTONELLI, Leonardo Pietro. Emenda Constitucional 29/2000 – Progressividade do IPTU: Inconstitucional correção legislativa da jurisprudência do STF. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo. ano 9. n. 39. p.960-115, jul/ago. 2001. p.113 e 114.

⁸³ RE-AgR 412689: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANDANDO DE SEGURANÇA. IPTU PROGRESSIVO E TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA E CONSERVAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A ação mandamental deve ser ajuizada em face de ato ilegal ou abusivo emanado do poder público ou de quem lhe faça as vezes, figurando no pólo passivo a autoridade que detenha os poderes capazes de neutralizar o ato atacado. A autoridade coatora, assim, não se confunde com a pessoa jurídica de direito público ou privado a que se encontra vinculada. 2. É inconstitucional a cobrança do IPTU com base e alíquotas progressivas anteriormente à E.C. n. 29/00. O IPTU constitui espécie tributária de natureza real, a capacidade econômica do contribuinte não pode ser utilizada como critério para a sua cobrança. Precedentes. 3. É inconstitucional a taxa de limpeza pública e conservação, eis que cobrada a título de remuneração de serviço prestado uti universi, não atendendo, assim, aos requisitos de divisibilidade e de especificidade previstos no artigo 145, inciso II, da Constituição do Brasil. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

⁸⁴ JEVEAUX, Geovany Cardoso. O julgamento das ADIn's 3105 e 3128 pelo STF e a inconstitucionalidade do art. 4º da EMC 41. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. n1. jan/dez 2006. Florianópolis: Boiteaux, 2006.

originário. Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal considerou tal texto inconstitucional de acordo com a emenda constitucional n.20, mas sinalizou que somente o fazia por falta de uma "base constitucional", sugerindo assim que a exação fosse instituída por nova emenda, coisa que acabou por ocorrer com a edição da emenda constitucional n. 41.

7 A NECESSIDADE DE COMBATE ÀS FRAUDES À CONSTITUIÇÃO

O texto constitucional quando analisado isoladamente tem pouco significado, necessitando sempre de interpretação e busca do sentido e do alcance de seu conteúdo. Além disso, a Constituição deve refletir as demandas e particularidades da sociedade relativamente às suas gerações passadas, das presentes bem como das futuras.

Por vezes urge a realização de alterações no texto constitucional, podendo estas serem feitas de modo total ou parcial. A alteração completa do texto constitucional, desempenhada pelo poder constituinte originário, produz uma nova Constituição baseada em princípios diversos dos que estão em vigor. Por seu turno, as alterações parciais são realizadas pelo poder reformador, que devem obedecer aos limites impostos pela própria Constituição para que seus alicerces possam ser preservados.

Ocasionalmente as alterações na Constituição apenas traduzem uma situação que se encontra implícita ou por algum tempo realizada pela sociedade, tendo em vista que das 56⁸⁵ emendas constitucionais já realizadas, poucas são as que verdadeiramente modificam ou introduzem algo novo no documento originário. Dessa forma, é aparente a impressão de mudança quando não há nenhum objetivo de modificação constitucional, desviando o foco do problema, que é a aplicação da Constituição em vigor e não necessariamente seu texto.

Além disso, as alterações no texto constitucional são diversas vezes postas como a panacéia para a solução das crises políticas, sociais e econômicas, aparentando apenas ser necessária uma modificação no texto para que ele possa ser aplicado de

⁸⁵ Referente ao número de emendas constitucionais promulgadas até 25 de setembro de 2008.

maneira mais eficaz e cumprido de modo a resolver prontamente todos esses problemas.

Destarte, o grande desafio é conseguir uma integração social legítima com o Direito, e não só ter um ordenamento jurídico pronto para atender as exigências estruturais do sistema econômico. Para que isso ocorra, o sistema de direitos deve ter em sua origem uma estrutura normativa legítima. O problema reside em como examinar a legitimidade dessas pretensões de validade no âmbito do Direito, uma vez que ele está localizado entre a validade das normas e a facticidade, que é a coação de sanções exteriores⁸⁶:

Enquanto, no sentido de validade de convicções ligadas à autoridade, a facticidade e a validade se fundem, na validade jurídica ambos os momentos se separam um do outro – a aceitação da ordem jurídica é distinta da aceitabilidade dos argumentos sobre os quais ela apóia a sua pretensão de legitimidade⁸⁷.

Dessa forma, os destinatários das normas não podem indagar sobre a validade delas para que possam ser obedecidas, cabendo à facticidade a realização da integração entre a sociedade e o Direito. O direito positivo ainda carrega a característica de modificabilidade, pela qual as normas tem duração até que venham a ser declaradas sem efeito. Essa característica justifica-se para evitar que as normas sejam apenas frutos de decisões arbitrárias com duração eterna, perdendo assim a possibilidade de integração material.

Outrossim, a positividade do direito deve ser reflexo de uma vontade legítima, manifestada por cidadãos politicamente autônomos, sem estar carregada de qualquer tipo de arbitrariedade nessa declaração. A liberdade comunicativa dos cidadãos não pode ser totalmente substituída por um direito coercitivo, devendo ser mediada por procedimentos jurídicos para a prática dessa autodeterminação organizada.

⁸⁶ JUSEFOVICZ, Eliseu. Democracia e Legitimidade à luz da teoria habermasiana in LOIS, Cecília Caballero (org). *Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça*. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 153.

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p. 59.

Segundo Jürgen Habermas, “o direito normatizado não consegue assegurar-se dos fundamentos de sua legitimidade apenas através de uma legalidade que coloca à disposição dos destinatários enfoques e motivos”⁸⁸. Portanto, o que é considerado válido precisa ter condições de ser confirmado em face das contradições factualmente apresentadas pela integração social resultante dos processos de entendimento⁸⁹, quando os participantes deste processo compreendem e têm o disposto como verdadeiro. Nisso consistem duas possibilidades: a aceitação da convicção como verdade, ou a rejeição, que pode ser realizada por intermédio da possibilidade de uma troca discursiva, onde as pretensões de validade podem ser criticadas.

De tal modo, conforme as idéias semeadas a partir Jürgen Habermas, a pretensão de legitimidade da ordem jurídica é construída pelo exercício dos direitos subjetivos dos cidadãos livres e iguais:

E o sistema jurídico, para ele, necessita de instituições básicas capazes de legitimá-lo. É esse justamente o papel desempenhado pelos Direitos Fundamentais (Direitos Humanos) e pelo princípio da Soberania Popular, consolidados nas Constituições do moderno Estado de Direito. Portanto, são precisamente tais instâncias que garantem a simbiose entre o sistema jurídico eticamente neutro, reduzido à heteronomia, e a moralidade, reduzida à esfera interna, ou seja, à autonomia. Em outras palavras, é isso que garante a comunicação entre o Direito público e o Direito privado. Entre minha intimidade, esfera do Direito privado, e minha vida social, esfera do Direito público⁹⁰.

O cidadão tem que ter independência suficiente para que possa utilizar adequadamente a sua autonomia pública, mas isso somente será possível se sua autonomia privada estiver sendo segurada com igualdade de condições em relação a seus pares pelo cumprimento efetivo dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos.

Neste contexto de sociedade, todas as normas jurídicas devem ser elaboradas baseadas na democracia como forma de garantir a liberdade, executada por meio de

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I., p. 54.

⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I., p. 56.

⁹⁰ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 52.

um processo político fundamentado na formação da vontade comum de todos os cidadãos. Dessa forma,

A Teoria Discursiva da Democracia sustenta que o êxito da política deliberativa depende da institucionalização jurídico-constitucional dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes, e considera os princípios do Estado Constitucional como resposta consistente à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de uma formação democrática da vontade e da opinião políticas⁹¹.

A partir da opção pelo exercício efetivo da cidadania, observando o projeto democrático elaborado além dos conceitos e buscando sua efetividade real, serão realizados os sustentáculos do Estado brasileiro, baseados na soberania popular e nos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos. Assim, a fraude à Constituição necessita ser detectada, denunciada e superada, por meio de um compromisso rígido com uma sociedade democrática e participativa⁹².

⁹¹ CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p.110/111.

⁹² Ao tratar especificamente das mutações inconstitucionais são apresentadas outras soluções como o “Fortalecimento do controle jurisprudencial, adequação e efetivação do controle político-parlamentar, criação de novos instrumentos de controle popular, com maior participação do povo no processo político, mediante aperfeiçoamento dos sistemas eleitorais e do sistema de partidos, são algumas das formulações lembradas pela doutrina e que podem conduzir a coibição das mutações inconstitucionais”. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986. p. 251.

7.1 DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO

A obediência ao devido processo legislativo⁹³ não trata somente de um simples apego à forma, mas sim como um meio de integração social por excelência na formação de uma sociedade. A regulação constitucionalmente prevista para o procedimento de reforma deve ser estritamente obedecida para que seja garantida a execução do processo democrático e a construção legítima da Constituição. A não observância do devido processo legislativo, principalmente no tocante à exacerbada elaboração de emendas à Constituição, acaba por tornar ainda mais presente o sentimento que o texto constitucional é malsucedido, que não alcança os efeitos desejados. Para garantir a validade das normas legislativas é necessário que a Constituição seja aplicada para verificar se o processo legislativo foi aplicado de modo regular e se as modificações pretendidas são constitucionais. Assim,

o que legitima o Direito no processo através do qual o Direito desfaz o paradoxo do Direito gerando Direito é o processo legislativo democrático, que deve ser estruturado no sentido de possibilitar a garantia do exercício discursivo da autonomia pública dos cidadãos⁹⁴.

Conforme afirma Habermas⁹⁵, “com o auxílio dos direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, deve ser possível explicar o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade”. Tal paradoxo ocorre porque de um lado encontra-se a liberdade que os cidadãos têm para exercício de suas ações subjetivas, e por outro lado há o processo legislativo democrático atuando para retirar sua força legitimadora do entendimento entre os cidadãos.

⁹³ “Certamente a fonte de toda legitimidade está no processo democrático de legiferação; e esta apela, por seu turno, para o princípio da soberania do povo”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p. 122.

⁹⁴ CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p.161

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p. 115.

A decisão tomada pela maioria em nome de todos pressupõe que os objetos foram discutidos de maneira qualificada, atendendo ao discurso correspondente aos anseios. A minoria, que após a exposição da argumentação racionalmente motivada, contam com reservas contra o que foi decidido pela maioria, uma vez que aqueles que estão em número inferior se apóiam na crença de vir a tornar-se maioria. Caso isso ocorra, poderão utilizar-se de melhores argumentos para reverter a decisão anteriormente tomada.

No entanto, para que o processo democrático de estabelecimento tenha êxito, é necessário que os cidadãos utilizem seus direitos de comunicação e de participação num sentido orientado *também* para o bem comum, o qual pode ser proposto politicamente, porém não imposto juridicamente. (grifos do autor)⁹⁶

Assim, o processo legislativo tem sua fonte de legitimação na possibilidade de formação democrática da opinião dos cidadãos e na manifestação da vontade deles. A legitimidade desse Direito pode ser medida pela manutenção da autonomia dos cidadãos, sendo que “no momento em que a normatividade jurídica invade o espaço de liberdade do indivíduo, cessa a legitimação da produção normativa⁹⁷”.

O direito será considerado como fonte de integração social a partir do momento em que os sujeitos conseguirem vislumbrar na produção legislativa estatal os reflexos de sua manifestação racional nascida de um entendimento intersubjetivo, ao perceber serem ao mesmo tempo co-autores e destinatários do ordenamento jurídico.

O formalismo exigido pelo devido processo legislativo, na sua constante busca de legitimidade por intermédio da legalidade, parte de três determinações sistematicamente estruturadas⁹⁸. A primeira delas é a segurança jurídica. Ela é garantida por leis gerais e abstratas, bem como pela obediência a processos anteriormente determinados como forma de alcançar a justiça. Mas isso não significa que não seja possível a ocorrência de conceitos jurídicos indeterminados,

⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II, p. 323.

⁹⁷ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 144.

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II, p. 198/201.

uma vez que eles são imprescindíveis para a fundamentação das decisões judiciais pela ponderação de princípios distintos para a resolução de um caso concreto. A segurança jurídica garante aos cidadãos que a manifestação das exigências do Estado unicamente serão estipuladas por meio do Direito.

A segunda determinação repousa sobre a qualidade formal das leis. Por si só, as leis gerais e abstratas não têm o condão de conferir legitimidade ao poder exercido somente pela obediência de exigências funcionais. Isso ocorre para evitar que o preenchimento desses requisitos formais possa visar a atender a interesses particulares. No entanto, é justamente do caráter abstrato das leis que deriva a importância da regulação, uma vez que as situações que serão resolvidas pela legislação de forma geral, garantem o princípio de que os iguais serão tratados de maneira igual, e os diferentes de maneira diferenciada.

A última determinação trata da construção com rigor científico e metodológico do corpo jurídico que, da mesma maneira das outras determinações, é incapaz de sozinho garantir a eficácia legitimadora somente por intermédio da legalidade. As normas de Direito sistematizadas por meio da elucidação de seus significados e conceitos pelos doutrinadores servem de auxílio para a fundamentação do Direito positivado. As modificações realizadas no Direito terão validade legítima quando forem fundamentadas por princípios evidentes, posto que em razão da positividade do ordenamento, as normas se esvaziaram de validade quando baseadas nos costumes da sociedade.

Contudo, é *necessário*, mas não *suficiente* para a instalação sólida da democracia, a fixação de um *procedimento legislativo* pleno de regras, o que favorece a *racionalidade* do discurso, e a abertura do processo legislativo à participação *livre e igual*. Porém imprescindível se mostra também a *institucionalização* de *procedimentos* que previnam e repreendam a *arbitrariedade* no decurso e na conclusão do processo legislativo⁹⁹. (grifos do autor)

Igualmente, os limites impostos para a reforma pelo texto constitucional, sobretudo no que tange à preservação dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos pela restrição ao alcance do devido processo legislativo, bem como os procedimentos por

⁹⁹ TOLEDO, Cláudia. Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Landy Editora, 2003. p.119.

ele determinados, devem ser perfeitamente observados. Caso tal obediência ao que está constitucionalmente disposto não ocorra, estarão realizando uma modalidade de fraude à Constituição se

elas violam a Constituição porque colocam em risco direitos e garantias das minorias políticas em face dos interesses das majorias e porque infringem as próprias condições constitucionais e processuais para a deliberação por maioria, subvertendo, assim, o próprio processo legislativo democrático sob a desculpa de *democracia*¹⁰⁰.

Destarte, o processo legislativo precisa garantir aos cidadãos a possibilidade de uma manifestação consciente de sua vontade democrática. É preciso que o Direito seja fonte da formação legítima do poder e de seu exercício com base fixada na democracia. Por isso que

temos que supor que os participantes do processo de legislação saem do papel de sujeitos privados do direito e assumem, através de seu papel de cidadãos, a perspectiva de membros de uma comunidade jurídica livremente associada, na qual um acordo sobre os princípios normativos da regulamentação da convivência já esta assegurado através da tradição ou pode ser conseguido através de um entendimento segundo regras reconhecidas normativamente.¹⁰¹

Assim, para garantir a legitimação do Direito é preciso que os cidadãos estejam acostumados à liberdade de exercício de seus direitos subjetivos, pois somente dessa maneira eles terão consciência para o exercício da liberdade comunicativa como participante ativo na construção de um Estado Democrático de Direito, e não ficando restritos apenas à preocupação de defender seus próprios interesses de sujeitos privados.

¹⁰⁰ CATTONI, Marcelo. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 72.

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p. 52/53.

7.2 PATRIOTISMO CONSTITUCIONAL

Como visto anteriormente, o texto da Constituição, por si só, não tem a capacidade de dar aplicação aos direitos e garantias fundamentais, igualmente a qualquer outro dispositivo constitucional, para que possa ser solidificado o alicerce do Estado Democrático de Direito, mas a Constituição

apresenta de qualquer forma uma moldura institucional, um quadro de valores e princípios, um universo de direitos capazes de favorecer a emergência da transformação necessária. Daí a razão pela qual podemos falar, hoje, de um *patriotismo constitucional*. Os brasileiros, compondo uma comunidade de destino, se reconhecem como brasileiros não apenas em função de sua história comum, de sua língua, de sua cultura, arte, gastronomia ou futebol, mas também porque compartilham determinados princípios, valores, direitos e objetivos¹⁰². (grifos do autor)

Por ser um país de vasta extensão territorial, o Brasil acaba por ter bases e fundamentos diferenciados principalmente em relação à cultura e à política, reflexos de uma colonização desorganizada e multinacional, da desigual distribuição de riqueza e de oportunidades dignas de trabalho, o que dificulta a formação de uma identidade nacional. Apesar disso,

Habermas pretende mostrar que a noção de *patriotismo constitucional* é, portanto, compatível com uma sociedade pluralista do ponto de vista cultural e político: por meio da construção de uma identidade constitucional comum, é possível articular a unidade da cultura política no contexto múltiplo de subculturas e formas de vida presentes na sociedade, desde uma perspectiva não-fundamentalista.¹⁰³ (grifos do autor)

Para que o patriotismo constitucional seja consumado é necessário, “por um lado, acertar as contas com o passado, assumindo-o responsabilmente; por outro, comprometer-se com a construção de um futuro renovado¹⁰⁴”. Isso favorece a edificação de um país mais democrático e igualitário, formado por uma sociedade

¹⁰² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Aniversário da Constituição: após 20 anos, podemos falar em um patriotismo constitucional*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/static/text/70529,1>. Acesso em: 06 out. 2008.

¹⁰³ CATTONI, Marcelo. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p.70.

¹⁰⁴ CATTONI, Marcelo. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 67.

emancipada, empenhada com o desenvolvimento de um constitucionalismo democrático por meio de sua coordenação em movimentos sociais e organizações da sociedade civil.

Isso significa dizer que, em última análise, a defesa do *patriotismo constitucional* identifica-se não com uma tradição cultural herdada, mas refletida – à luz dos direitos fundamentais e da democracia, princípios típicos do constitucionalismo moderno. Nesse sentido deve-se entender que a questão acerca da legitimidade democrática das instituições políticas modernas só pode ser compreendida como a própria construção e projeção a um futuro aberto dessa legitimidade¹⁰⁵.

Para isso concorre a legitimidade expressada pelo Direito, sendo necessária a sua construção ininterrupta com base nos direitos e garantias fundamentais. Não adianta continuar com o esforço destituído de qualquer aplicabilidade de reformar continuamente o texto constitucional se não for iniciada a concretização dos princípios e garantias já existentes.

Conforme o paradigma procedimentalista do direito¹⁰⁶, é pelas eleições gerais e também pelas formas de participação específicas que os cidadãos transformam as diversas modalidades de opinião pública pelo emprego do poder comunicativo, que traz em si dois efeitos: a permissão para a atuação do legislador e legitimação dessa atuação, uma vez que pela grande mobilização pública é imposta a obrigação de que a formação do direito seja fundamentada de maneira mais rigorosa para o atendimento da justiça desejada.

Ou seja, os princípios constitucionais não podem concretizar-se nas práticas sociais, nem transformar-se na força que impulsiona o projeto dinâmico da criação de uma associação de sujeitos livres e iguais, se não forem situados no contexto da história de uma nação de cidadãos e se não assumirem uma ligação com os motivos e modos de sentir e de pensar dos sujeitos privados¹⁰⁷.

De tal modo, é preciso que todos os cidadãos conheçam os valores de uma cultura política embasada nos princípios constitucionais. Tanto mais fácil será a aplicação

¹⁰⁵ CATTONI, Marcelo. *Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p.69.

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II, p. 186/187.

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II, p. 289.

do patriotismo constitucional quanto um povo puder ser identificado por sua identidade e percepção pela própria experiência de cidadania democrática. Mesmo assim, esses cidadãos não precisam, necessariamente, de ter a mesma origem étnica, cultural ou lingüística. O patriotismo constitucional tem a possibilidade de atuar em uma sociedade multicultural desde que sejam observados os limites dos direitos humanos e da soberania popular, interpretados de acordo com a história e as tradições nacionais.

7.3 O ASPECTO DA DEMOCRACIA

A Constituição da República de 1988 surgiu de um processo de elaboração com intento democrático, pela força popular manifestada no movimento Diretas Já, encontrando nesse processo participativo a sua legitimidade. É a construção de uma identidade coletiva, fundada em princípios que trazem em si sua pretensão de validade por meio da cultura política de cidadãos livres e com possibilidade idêntica para o exercício de direitos, formada pela sua integração social.

Tal poder político somente pode ser evidenciado pela estruturação de um projeto constituinte com bases democráticas para que sua legitimidade possa ser garantida, envolvido com o constitucionalismo democrático da esfera pública, sinalizada pela atuação da sociedade civil organizada, bem como das manifestações dos movimentos sociais.

Não existe direito legítimo sem democracia. Com base no princípio da democracia para se vincular a um procedimento de normatização legítima do Direito, partindo-se do pressuposto da possibilidade de uma decisão racional sobre as questões práticas, pois *“somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do Direito, num processo jurídico de normatização discursiva”*¹⁰⁸. Por sua vez, o princípio moral se funda na regra de argumentação para a decisão racional de questões morais.

É irreversível a crise da democracia representativa uma vez ela não foi capaz de permitir ao povo um envolvimento eficaz na definição das orientações políticas e sociais a serem seguidas pelo Estado. Ela se tornou instrumentos para outros propósitos, sendo por vezes imposta pelas armas. É importante colocar o Estado a serviço da sociedade e fazer cessar o horror ao espaço público que a população experimenta, pois

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p. 145.

Justamente os processos comunicativos de cunho político que passam pelo filtro deliberativo dependem de recursos do universo vital – da cultura política libertadora, de uma socialização política esclarecida e sobretudo das iniciativas de associações formadoras de opinião –, recursos que se formam de maneira espontânea ou que, em todo caso, só podem ser atingidos com grande dificuldade, caso o caminho escolhido para se tentar alcançá-los seja o do direcionamento político¹⁰⁹.

Os movimentos sociais consubstanciam a necessidade de mudança, em normas implícitas e valores não localizados essencialmente no plano social, mas também no político. De tal sorte, os partidos políticos, que fazem a ponte entre a sociedade civil e o Estado, deveriam trabalhar em favor da realização dessas mudanças. No entanto, elas são realizadas por instituições da sociedade civil ou pessoas inseridas no poder público que se aliam às causas que circulam na sociedade.

Mais importante para o movimento social é que a sociedade civil se conscientize e determine algum comportamento para que o Estado acolha sua causa. As reivindicações ultrapassam as necessidades básicas dos indivíduos, sendo requerida por eles a observância da igualdade e da liberdade, bem como a garantia dos direitos sociais modernos por intermédio da democratização das relações sociais.

A sociedade está passando por vários problemas reflexos do descontrole da globalização, principalmente sobre a dificuldade de comunicação entre grupos sociais de culturas diversas. É necessário que os movimentos sociais busquem alcançar o equilíbrio entre os diferentes grupos, acabando com a intolerância e buscando a construção educativa da possibilidade de realização democrática com a contribuição de todos. Por isso,

Em todos estes movimentos sociais e educacionais que propõem a convivência democrática entre diferentes grupos e culturas, em âmbito nacional e internacional, assim como a busca de construir referenciais epistemológicos pertinentes, o trabalho intercultural pretende contribuir para superar tanto a atitude de medo, quanto a de indiferente tolerância frente ao “outro”, construindo uma disponibilidade para a leitura positiva da pluralidade social e cultural. Trata-se, na realidade, de um novo ponto de vista baseado no respeito à diferença, que se concretiza no reconhecimento da paridade de direitos¹¹⁰.

¹⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Trad. George Sperbe e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p.292.

¹¹⁰ FLEURI, Reinaldo Matias. *Intercultura, Educação e Movimentos Sociais no Brasil*. Disponível em http://www.paulofreire.org.br/Textos/fleuri_2005_recife_resumo_e_texto_completo.pdf. Acesso em 09

Dessa forma, o grande paradoxo reside em conferir ao Estado todo o poder que necessita para gerir a coisa pública e querer que ele seja um legítimo Estado Democrático de Direito, agindo de acordo com a lei, obedecendo aos direitos individuais e tutela os interesses de seus representados. O Estado acaba sempre por realizar tal equação em favor dele mesmo; garantindo o exercício do direito com auxílio da maior concentração de poder.

A formação do consenso é substituída pela regra da maioria, uma vez que não é possível que a vontade popular seja expressa de maneira unívoca. É árduo esse trabalho a ser exercido habitualmente no regime político democrático, no qual se busca, a partir de um desenvolvimento político-social constante, transformá-lo em instrumento de legitimação, sem deixar de respeitar aplicação dos direitos e garantias fundamentais, pois

no tocante aos *direitos fundamentais*, evidencia-se a insuficiência da concepção de *democracia* identificada exclusivamente com a *regra da maioria*, pois maioria significa, necessariamente, a existência de minoria e democracia requer, para não se tornar ditadura da maioria, a proteção aos direitos fundamentais da minoria¹¹¹.

O exercício das atividades do Estado Democrático de Direito é realizado pelos seus poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – de maneira autônoma para garantir a democracia vinculada aos direitos e garantias fundamentais. O Executivo é o poder responsável pela própria materialização da democracia, uma vez que compete a ele concretizar as determinações legais do Legislativo.

Por sua vez, cabe ao Poder Legislativo exercer democraticamente sua função típica de elaboração de leis, dentro dos limites impostos pelo texto constitucional, sendo que tais determinações legais surgem como resposta aos anseios da sociedade. Ainda compete ao Poder Legislativo a aprovação das diretrizes orçamentárias propostas pelo Poder Executivo. Ele é o poder democrático por excelência, pois:

de dezembro de 2008.

¹¹¹ TOLEDO, Cláudia. Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Landy Editora, 2003. p. 125.

É nele que se alcança a máxima *objetivação* e *racionalização*, mediante o *discurso* e a *reflexão* dos argumentos trazidos da sociedade, a partir da evolução concêntrica e dialética das consciências morais individuais mediatizadas pela consciência moral intersubjetiva, de modo a se alcançar a nitidez de uma consciência jurídica situada temporal e espacialmente, elaboradora de normas simultaneamente de todos e de cada um¹¹². (grifos do autor)

Ao Poder Judiciário compete realizar o controle legal da Administração Pública e o controle de constitucionalidade das leis, assegurando o fiel cumprimento da Constituição e de todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, quanto mais independente for a atuação desse poder, mais eficazes e efetivos serão os direitos fundamentais e toda a ordem jurídica.

Tanto mais independente o é quanto mais *democrático* for o Estado no qual atua, pois menor a ingerência indevida dos outros poderes, notadamente do poder executivo, o qual, em Estados totalitários, avoca para si muitas das competências que, em um Estado Democrático de Direito, estão divididas entre diferentes órgãos públicos¹¹³. (grifos do autor)

Diante disto, para se encaixar nessa visão de democracia, a Constituição tem que ser entendida como uma representação de um sistema de direitos e garantias fundamentais que ofereça condições procedimentais para que o processo legislativo democrático seja realizado pela articulação da autonomia pública e privada de todos os cidadãos.

7.4 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SOBERANIA POPULAR

¹¹² TOLEDO, Cláudia. Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Landy Editora, 2003. p. 122.

¹¹³ TOLEDO, Cláudia. Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Landy Editora, 2003. p. 121.

Os direitos e garantias fundamentais individuais são protegidos pela cláusula pétrea constante do art. 60, § 4º, IV e não estão restritos apenas ao rol do art. 5º, uma vez que podem ser encontrados de maneira ampla e dispersa ao longo do texto constitucional. Da mesma maneira, deve-se fazer uma interpretação extensiva para proteger todos direitos e garantias fundamentais estão arrolados na Constituição da República Federativa do Brasil, não somente os individuais. O texto constitucional em vigor consagra os direitos e garantias fundamentais em seu Título II, tendo o legislador constituinte os dividido em: individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos e de participação e organização em partidos políticos.

Justamente para demonstrar a sua importância e relevância, eles vêm previstos no início do documento constitucional. Por serem considerados como cláusula pétrea, espécie de limitações expressa material, é assegurado aos direitos e garantias fundamentais que seu conteúdo constitucionalmente previsto não sofrerá qualquer abolição, não podendo ser retirados da Constituição pelo poder reformador, mesmo que estejam obedecendo às limitações expressas temporais e circunstanciais impostas pelo poder constituinte e as limitações implícitas.

Os direitos e garantias fundamentais evoluíram desde a declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos juntamente com o crescente desenvolvimento da sociedade humana, sendo entendidos nesse trabalho como sinônimo de direitos humanos. Eles têm a função de preservar os interesses das minorias, fundamentados pelo exercício da soberania popular que é emanada por decisões da maioria pelo devido processo legislativo democrático, uma vez que,

em geral, as decisões da maioria são limitadas por meio de uma proteção dos direitos fundamentais das minorias; pois os cidadãos, no exercício de sua autonomia política, não podem ir contra o sistema de direitos que constitui essa mesma autonomia.¹¹⁴

Para reforçar o grande valor dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil elenca em seu art. 5º, §1º, a previsão da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. Apesar de estar manifestadamente presente na Constituição, a aplicabilidade imediata das

¹¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p. 224.

normas definidoras de direitos fundamentais encontra-se carente de uma maximização de sua eficácia, e algumas vezes de delimitação, na doutrina constitucional brasileira. Não obstante a previsão constitucional, a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais encontra na doutrina, partindo da premissa que todas as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia, como um ônus aos poderes públicos, posto que cabe a eles extrair a maior eficácia possível dos direitos fundamentais, conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentabilidade formal no âmbito da Constituição¹¹⁵.

As crises da pós-modernidade trazem a necessidade de reavaliar a legitimidade, tendo em vista a crise de representação política. Os direitos fundamentais não são efetivos, em grande parte pela miséria da política. Para se afirmar, o Estado utiliza-se da política voltada para o policiamento ostensivo, fazendo a população obedecer pelo medo.

No plano jurídico, o ganho obtido pela aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais em relação aos direitos fundamentais será a garantia da eficácia e efetividade desses direitos, oferecendo resultados condizentes com as expectativas do cidadão.

Ainda que chamada de Constituição Cidadã, a Constituição da República do Brasil de 1988 está muito distante de seu objetivo constitucional democrático de asseverar o cumprimento dos anseios e necessidades do povo brasileiro, como ressalta Jane Reis Gonçalves Pereira:

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 183.

É verdade, também, que em sistemas onde o desenvolvimento social e a educação política são precários, como é o caso o Brasil, a atenção dispensada pelo povo às questões constitucionais é bastante reduzida. Não obstante, pode-se observar, em perspectiva histórica, que a interpretação constitucional vem desempenhando um papel cada vez mais relevante nas democracias contemporâneas.¹¹⁶

A constitucionalização simbólica dos direitos e garantias fundamentais pode ser percebida pela composição de seus dispositivos constitucionalmente previstos e a relação direta com a sua falta de eficácia. Por vezes a segurança jurídica garantida por tais previsões somente trata de um efeito simbólico para aqueles que detêm o poder:

A constitucionalização simbólica está, portanto, intimamente associada à presença excessiva de disposições pseudoprogramáticas. Dela não resulta normatividade programático-finalística, antes o diploma constitucional atua como um álibi para os agentes políticos. Os dispositivos pseudoprogramáticos só constituem 'letra morta' em um sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista social.¹¹⁷

A eficácia dos direitos fundamentais não pode ser comprometida pela inação e ociosidade do Poder Público. Em relação aos direitos fundamentais, especialmente os sociais, a situação torna-se suscetível de conseqüências sérias e irreversíveis, posto que eles somente são realizados por meio de prestações positivas do Estado.

De tal modo, o Estado não pode impor empecilhos à concretização de direitos fundamentais sob o argumento de inviabilidade econômica ou questões administrativas, bem como utilizar-se da cláusula da reserva do possível somente de acordo com sua conveniência política, conforme ressalta Eduardo Bittar acerca do desmantelamento da máquina estatal:

(...)cria-se um verdadeiro círculo vicioso, no qual a falta de credibilidade redundando em perda da eficácia social e eficiência, o que gera, por sua vez, enfraquecimento do sistema, descrédito, além de afrouxamento do sistema político que o sustenta, assim como perda de autoridade e legitimidade de ação por parte dos fiscais e operadores que executam suas medidas.¹¹⁸

¹¹⁶ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 61.

¹¹⁷ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p.116.

¹¹⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 253.

Tal posicionamento político somente vem corroborar com o completo descaso dos poderes públicos, por vezes fazendo migalhas da previsão constitucional de garantia de direitos fundamentais: o Legislativo na elaboração ineficiente de leis (ou leis ineficientes); o Executivo com déficit na implementação de políticas públicas; e o Judiciário, muitas vezes com sua atuação limitada pelo princípio da separação dos poderes, inoperante e debilitado. Apesar disso, a ineficácia do ordenamento jurídico não atinge somente o campo do Direito, mas reflete a crise moral, política, social e de legitimidade do Estado brasileiro. Com isso,

a soberania popular, assim, se entrelaça, mais uma vez, com o poder político organizado no Estado e o princípio segundo o qual o poder emana do povo se realiza mediante pressupostos e condições de comunicação e procedimentos institucionalmente diferenciados de formação de opinião e de vontades comuns¹¹⁹.

A garantia dos direitos humanos dentro da perspectiva habermasiana de sociedade democrática parte do reconhecimento de valores relativos à identidade cultural de uma determinada comunidade histórica que pertençam os indivíduos destinatários¹²⁰. A partir do reconhecimento desses direitos, eles podem assim ser classificados¹²¹:

- I. Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*; (...)
- II. Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;
- III. Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; (...)
- IV. Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através do qual eles criam o direito legítimo;
- V. Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de 1 até 4.

¹¹⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007. p. 47.

¹²⁰ LEITE, Roberto Basilone. Hermenêutica Constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. In LOIS, Cecília Caballero (org). *Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça*. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 227.

¹²¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p.159/160.

Importa ressaltar que “as decisões da maioria são limitadas por meio de uma proteção dos direitos fundamentais das minorias; pois os cidadãos, no exercício de sua autonomia política, não podem ir contra o sistema de direitos que constitui essa mesma autonomia”¹²². Dessa forma,

o almejado nexa interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente. O sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política.¹²³

A questão maior que se coloca é que os cidadãos não chegarão a adquirir direitos fundamentais, incluídas neles todas suas garantias, se não forem determinados os requisitos de legitimação do procedimento legislativo e democrático, por meio da soberania popular da qual são titulares. Isso somente ocorrerá quando e se for implementado o reconhecimento recíproco a partir do respeito às características peculiares de cada grupo bem como o ocasional tratamento diferenciado aos grupos que necessitarem.

Dessa forma, os poderes do Estado têm a necessidade de agir em conjunto para que sejam preservados os direitos e garantias fundamentais de toda a sociedade, evitando que seja enfrentado o paradoxo de ter um completo ordenamento jurídico, pleno de pretensões eficaciais, representando uma forma de normalização do poder social e sem alcançar qualquer ganho no plano da justiça.

Assim sendo, a Constituição confere a todos os indivíduos indistintamente a possibilidade de questionar o cumprimento dos direitos e garantias fundamentais previstos em seu texto pelos princípios de acesso à justiça e pela prestação jurisdicional com o auxílio de um tribunal constitucional. É ele que vai certificar o cumprimento do texto constitucional democraticamente construído pelo povo por intermédio de sua soberania, estando à frente do problema de concretização dos

¹²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p. 224.

¹²³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I, p.138.

direitos. A atuação do Supremo Tribunal Federal para atingir tal escopo não pode ser confundida com a função legislativa. É certo que

O simples fato de um tribunal constitucional agir no âmbito da legislação quando constata, por razões ligadas aos direitos fundamentais, um não-cumprimento de um dever ou uma violação de competência por parte do legislador não justifica uma objeção de uma transferência inconstitucional das competências do legislador para o tribunal.¹²⁴

De tal modo, são os direitos e garantias fundamentais que possibilitam o exercício da soberania popular, não podendo ficar de fora ou sofrer restrições pelo texto constitucional ou sua aplicação, pois ela resulta da autodeterminação da sociedade, uma vez que é nela que se encontra a fonte de legitimação daqueles. Mas não basta que esses direitos, principalmente os sociais, sejam apenas acrescentados pelo Estado à Constituição. Há que ser reconhecido pela sociedade o papel de cada indivíduo como sujeito de direitos e deveres, sendo livres e iguais para manifestação e formação do Direito.

CONCLUSÃO

Preambularmente, a partir do corte realizado destacou-se que as fraudes à Constituição são considerados como modificações ocorridas no texto constitucional originário, determinado pelo poder constituinte, sem que sejam observadas as

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 546.

regras estabelecidas pelo poder reformador. Sendo o Legislativo titular do poder reformador, quando não se esmera em obedecer às limitações expressas e tácitas trazidas para a modificação da Constituição, poderá estar incorrendo em fraude.

O poder Legislativo pode alterar a Constituição através de emendas à Constituição, tendo como objetivo precípua realizar alterações no texto constitucional, por intermédio de um procedimento legislativo especial, para que seu ele possa se amoldar aos anseios da sociedade garantindo assim a esperada eficácia constitucional. A possibilidade de alteração da Constituição intitulada revisão constitucional foi realizada conforme previsão do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias cinco anos após a promulgação da Constituição, esgotando-se com a publicação de seis emendas constitucionais de revisão.

A principal modalidade de fraude à Constituição praticada pelo poder Legislativo abusa do procedimento constitucionalmente previsto para as emendas à Constituição. Formalmente, o processo legislativo é obedecido; a ardileza encontra-se presente na emenda à Constituição realizada com o objetivo de constitucionalizar uma situação anteriormente que tenha sido declarada inconstitucional pelo poder Judiciário. Assim, impede que o Direito proteja a eventual lesão causada a direito material pela lei ou ato normativo anteriormente declarado constitucional.

O poder Legislativo ainda utiliza da legislação e da constitucionalização simbólica como modalidades de fraude à Constituição. Elas são empregadas tendo como escopos a confirmação de valores sociais, demonstração da capacidade de ação do Estado e, principalmente, para adiar a solução de conflitos através de compromissos dilatórios.

Ao ampliar tal conceito, entende-se que a fraude à Constituição pode ser realizada pelos poderes Executivo e Judiciário. Ao utilizar-se sobremaneira da espécie normativa medida provisória, o Poder Executivo exercita de maneira exorbitante a sua competência legislativa atípica, zombando dos requisitos constitucionais de relevância e urgência.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, expoente constitucional máximo do poder Judiciário brasileiro, realiza fraude à Constituição ao assumir o posto de legislador no controle de constitucionalidade e principalmente através da mutação inconstitucional. A mutação é considerada como a alteração no sentido e no alcance da Constituição sem modificações ou supressões no seu texto, sendo tratada como constitucional quando realiza a interpretação obedecendo aos ditames constitucionais. Por seu turno, a mutação inconstitucional consiste em desrespeitar os limites fixados pelo constituinte tendo como característica a impossibilidade de controle de constitucionalidade.

Desse modo, verifica-se que a atuação dos poderes do Estado está diretamente ligada com o colapso do Direito. Os indivíduos que têm parte da sua liberdade suprimida para garantir a sobrevivência da sociedade e evitar conflitos sociais somente sentem a presença do Estado na majoração de tributos e na aplicação de sanções e punições. Em um movimento circular, o Direito se enfraquece com a falta de participação política da sociedade ao mesmo tempo em que busca mecanismos de integração social para sua legitimação.

Somente obedecer ao processo legislativo não significa estar cumprindo as diretrizes do Estado Democrático de Direito constitucionalmente previstas. A legitimidade do Direito, que se encontra perdido em seus desígnios na realidade pós-moderna, não pode ser garantida apenas pelo procedimento, sem que ele tenha sido construído com bases na sociedade. O emprego de um caráter simbolicamente legítimo que atende unicamente aos interesses das classes política e economicamente dominantes pode ser considerada como vazia de legitimidade em suas intenções.

A possibilidade de realização de controle entre os poderes do Estado não é uma possibilidade de falha no sistema, ao contrário, é justamente um acontecimento próprio derivado dos freios e contrapesos da democracia. Para o combate às fraudes à Constituição é necessário mais do que o controle realizado pelo Estado. É preciso que os instrumentos de pressão política, exercidos mediante a exigência do devido processo legislativo e do patriotismo constitucional, também como resultado

da autodeterminação da sociedade, respeitem os ideais democráticos para que seja dada a efetiva proteção aos direitos e garantias constitucionais.

Conclui-se, assim, que a segurança jurídica constitucionalmente trazida para a preservação dos direitos e garantias fundamentais, bem com a previsão da aplicabilidade imediata desses direitos, não podem ser tratadas somente a partir de um efeito simbólico. Dessa maneira, a eficácia dos direitos e garantias fundamentais não pode ser restringida pela ociosidade do Estado e tampouco as fraudes à Constituição podem continuar a aparentar conferir legitimidade e legalidade à situações eivadas de inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor: 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTONELLI, Leonardo Pietro. Emenda Constitucional 29/2000 – Progressividade do IPTU: Inconstitucional correção legislativa da jurisprudência do STF. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo. ano 9. n. 39. p.960-115, jul/ago. 2001.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da Política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

_____. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Marcantonio Mont'alverne Barreto; SOUZA NETO, Claudio Pereira. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22.ed. São Paulo, Malheiros: 2008.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz (português de Portugal). 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2008.

CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

_____. **Direito, Política e Filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional.** Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

_____. **Poder Constituinte e Patriotismo Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Aniversário da Constituição: após 20 anos, podemos falar em um patriotismo constitucional.** Disponível em http://www.conjur.com.br/static/text/70529_1. Acesso em: 06 out. 2008.

COURA, Alexandre de Castro. **Interpretação e aplicação dos Direitos Fundamentais: uma disputa de paradigmas. Reflexões acerca da legitimidade das decisões judiciais e da efetividade dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.**

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución.** Oñate: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DIAS, Francisco Mauro. Estado de Direito, Direitos Humanos (Direitos Fundamentais), Segurança Jurídica e Reforma do Estado. **Revista Ciências**

Sociais, Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, Edição Especial Direitos Humanos, dez. 1997.

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA. **Normas e diretrizes para a elaboração de trabalhos científicos: manual da FDV**. Vitória, 2007.

FARIA, José Eduardo. **Eficácia jurídica e violência simbólica: o direito como instrumento de transformação social**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1988.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O Poder Constituinte**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FLEURI, Reinaldo Matias. **Intercultura, Educação e Movimentos Sociais no Brasil**. Disponível em http://www.paulofreire.org.br/Textos/fleuri_2005_recife_resumo_e_texto_completo.pdf Acesso em 09 de dezembro de 2008.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**. Tradução de George Sperbe e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

H AidAR, Rodrigo; Lillian, MATSUURA. **Controle Constitucional: Não cabe ao Senado definir o alcance de decisão do STF**. Disponível em www.conjur.com.br/static/text/52497,3. Acesso em 21 de dezembro de 2008.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 3. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte, Del Rey: 2002.

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución**. Madrid, Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional – Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. O julgamento das ADIn's 3105 e 3128 pelo STF e a inconstitucionalidade do art. 4º da EMC 41. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. n1. jan/dez 2006. Florianópolis: Boiteaux, 2006.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LOIS, Cecília Caballero (org). **Justiça e Democracia: entre o universalismo e o comunitarismo: a contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna teoria da justiça**. São Paulo: Landy Editora, 2006.

LOURENÇO, Iolando e CHAGAS, Marcos. **Nos últimos 18 anos, mais de 900 medidas provisórias legislaram no Brasil**. Disponível em: http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2006/07/09/materia.2006-07-09.765039815_5/view. Acesso em: 18 maio 2008.

MARTINS, Sandro Gilbert e VICENTINI, Sandro. Os Precatórios Judiciais, A Emenda Constitucional 30/2000 e o Poder Liberatório do Pagamento de Tributos da Entidade Devedora. **Revista de Processo**, São Paulo. Ano 30. n. 129. p. 92-107. nov.2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Leis Originariamente Inconstitucionais Compatíveis com Emenda Constitucional Superveniente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, 1999.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PESSÔA, Leonel Cesarino. IPTU, Progressividade e a EC 29/2000: o julgamento do Supremo Tribunal Federal. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo. ano 15. n. 74. p. 209-207, maio/jun. 2007.

QUEIROZ, Antônio Augusto. **Legislativo: balanço do 1º semestre**. Disponível em: <http://diap.ps5.com.br/content,0,1,82250,0,0.html>. Acesso em: 19 set.2008.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Constitucionalidade das Alterações Introduzidas na Cofins pela Lei n. 9.718/98. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo. v. 53, n. 53, p. 67/76, fev. 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. Pis, Cofins, Não-Cumulatividade e Direitos Fundamentais. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco. ano 8, n. 1. p. 267-282. 2008.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 29 de març o de 2008.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24.ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular (Estudos sobre a Constituição)**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

VILLAREAL, Gabriel Hernan Facal e FERREIRA, Luiz Guilherme Medeiros Ferreira. Pis e Cofins: o Julgamento do RE 357.950-RS e os Desdobramentos Jurídicos da Decisão do STF. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo. ano 14. n. 66. p.149-164, jan/fev. 2006.

WACHOWICZ, Marcos. **Poder Constituinte e Transição Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2000.