

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA

PHELLIPE MÜLLER

A CONSTANTE NECESSIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A
ATIVIDADE CRIATIVA DO JUIZ

CURITIBA

2008

PHELLIPE MÜLLER

A CONSTANTE NECESSIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A
ATIVIDADE CRIATIVA DO JUIZ

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escolada Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Jorge de Oliveira Vargas

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

PHELLIPE MÜLLER

A CONSTANTE NECESSIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A ATIVIDADE CRIATIVA DO JUIZ

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Jorge de Oliveira Vargas²
Doutor Jorge Vargas de Oliveira
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Mestre em Direito – UFPR
Doutor em Direito – UFPR
Professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná – Curitiba

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, ---- de ----- de 2008.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a necessidade constante do controle da constitucionalidade na atividade jurisdicional. Após proceder à breve análise a respeito da Constituição e das formas como pode ser afrontada, tentou-se evidenciar as formas para correção desses atos (lato sensu) indesejados.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	06
2	CONSTITUCIONALISMO	09
3	CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE	13
3.1	Tipos de Inconstitucionalidade	14
3.1.1	Inconstitucionalidade formal ou nomodinâmica	15
3.1.2	Inconstitucionalidade material ou nomestática	15
3.1.3	Inconstitucionalidade por ação	16
3.1.4	Inconstitucionalidade por omissão	17
3.1.5	Inconstitucionalidade originária	17
3.1.6	Inconstitucionalidade superveniente	17
3.1.7	Inconstitucionalidade pretérita	18
3.1.8	Inconstitucionalidade progressiva	19
3.1.9	Inconstitucionalidade total	19
3.1.10	Inconstitucionalidade parcial	20
3.1.11	Inconstitucionalidade antecedente ou imediata	20
3.1.12	Inconstitucionalidade conseqüente, derivada ou por arrastamento	20
3.1.13	Inconstitucionalidade causal	21
3.2	Vias de Controle	21
3.2.1	Controle político	22
3.2.2	Controle jurisdicional	22
3.2.3	Controle Misto	23
4	CONTROLE JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE	24
4.1	Controle Concentrado	24
4.2	Controle Difuso	25
4.2.1	Incompletude do ordenamento, o problema da injustiça das leis e a atuação jurisdicional	25
4.2.2	A insuficiência do método interpretativo para alcance do escopo jurídico do processo	28

4.2.3 A necessidade de controle da constitucionalidade a partir da atividade criativa.....	33
4.2.3 Legitimidade da atividade criativa do juiz e do controle de constitucionalidade por ele operado.....	41
5 CONCLUSÃO	46
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

Desde o princípio dos tempos, quando os indivíduos se reuniam para alcançar seus objetivos comuns frente às adversidades impostas pela natureza, já havia regramento tendente a organizar a forma de estruturação do grupo, a hierarquia entre seus integrantes, a escolha dos objetivos a serem perseguidos, os meios para alcançá-los, não como requinte de organização social, mas como condição indispensável para a própria sobrevivência daquela pequena coletividade.

Com efeito, a forma precária e rudimentar de vida nos primórdios, inseriu no homem da época a hoje tão propalada idéia de solidariedade, mas não como um ideal de vida, como uma opção de auxílio ao próximo pela simples consciência e satisfação de fazer o bem, mas, ao contrário, como uma maneira de, por um lado, conservar-lhes vivos, e, por outro, aumentar a qualidade de vida.

Com a evolução das ciências, a necessidade do agrupamento para a própria sobrevivência diminui sensivelmente, pois o homem passou a dominar técnicas que lhe permitia superar as adversidades, e transformá-las em benefícios a serem utilizados por si mesmos.

Todavia, ao mesmo tempo em que se tornava dispensável a vida em coletividade como condição de sobrevivência, as organizações sociais se intensificavam e se tornavam mais complexas, o que evidencia a característica de ser social do homem¹, que depende da vida em sociedade, antes de tudo, por aspectos emocionais vinculados a sua *psique*.

¹ Conforme afirmava Aristóteles, através de um conceito que transcendeu os limites do tempo.

Aliás, a necessidade do homem de viver em sociedade é bem retratada a partir da metáfora lançada por Hermes Lima:

“O ‘eu’, já o disse o jusfilósofo, ‘é uma relação’, “relação com o mundo exterior, com outros indivíduos. O Eu é como um sino: se houvesse o vácuo social em torno dele, nada se ouviria”².

A complexidade das organizações sociais, os conflitos que emanariam do seu seio e a necessidade de seu controle como mecanismo de sobrevivência da sociedade, exigiram a formação de um conjunto de regras e princípios que norteariam a convivência dos indivíduos, impondo-lhes determinadas obrigações e outorgando-lhes certos direitos, os quais variam de acordo com as características e prioridades eleitas por cada povo.

E, dentro desse contexto, destacam-se as Constituições como mecanismos de organização política, econômica e social dos Estados. A propósito, leciona o brilhante constitucionalista português Jorge Miranda³:

“Em qualquer Estado, em qualquer época e lugar (repetimos), encontra-se sempre um conjunto de regras fundamentais respeitantes à sua estrutura, à sua organização e à sua actividade – escritas ou não escritas, em maior ou menor número, mais ou menos simples ou complexas. Encontra-se sempre uma Constituição como expressão jurídica do enlace entre poder e comunidade política ou entre sujeitos e destinatários do poder.

² LIMA, Hermes de apud COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 06.

³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, tomo II**. Coimbra: Coimbra editora limitada, 1991. p. 13.

Todo o Estado carece de uma Constituição como enquadramento da sua existência, base e sinal da sua unidade, esteio de legitimidade e de legalidade. Como surja e o que estatua, qual o apuramento dos seus preceitos ou as direcções para que apontem – eis o que, como se sabe, varia extraordinariamente; mas, sejam quais forem as grandes soluções adoptadas, a necessidade de tais regras é incontroversa.”

E, é a respeito da Constituição, e da necessidade precípua de atendimento de seus preceitos que versará o presente estudo.

2 CONSTITUCIONALISMO

O conceito de Jorge Miranda, transcrito acima, não retrata o alcance da concepção do mestre português a respeito do sentido da Constituição, mas tão somente de sua versão *institucional*, a qual, em determinados períodos e em certos locais esgotava o seu conteúdo.

Aliás, Maurizio Fioravanti chega a afirmar que “os antigos pensavam mais na constituição como uma exigência a satisfazer, como um ideal, ao mesmo tempo ético e político, a perseguir, nas fases de crise mais intensa, de maior separação política e social”⁴, e que é do constitucionalismo da idade média que se extrai a maior contribuição para a evolução do sistema constitucional.

O constitucionalismo, sob o ponto de vista sociológico, é um movimento social que busca a limitação do poder, de modo a impedir sua utilização para consecução de objetivos individuais, e a promoção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

[...] la historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así, como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente.⁵

⁴ FIORAVANTI, Maurizio apud CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição**. 14ª ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008. p. 234.

⁵ LOEWENSTEIN, Karl apud DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Constitucionalismo: da visão moderna à perspectiva pós-moderna**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=86> – acessado em 25/10/2008.

Ao tratar desse movimento, J.J. Gomes Canotilho assevera

"[...] fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII."⁶

Esse pensamento, dominante no constitucionalismo moderno, altera toda a concepção de Constituição, na medida em que impõe a ela a atribuição efetiva de criar o direito dos cidadãos, não se limitando mais apenas a reger a sua organização em sociedade, o que, acima de tudo, confere-lhe maior legitimidade, pois ela passa a ser vista não como instrumento de repressão, mas de garantia do bem estar social.

Nesse contexto, G. Berdeaux afirma que *“A constituição aparece não já como um resultado, mas como um ponto de partida; já não é descritiva, mas criadora; a sua razão de ser não se encontra na sua vetustez, mas no seu significado jurídico; a sua força obrigatória decorre não do fatalismo histórico, mas da regra de direito que exprime.”*⁷

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 46.

⁷ BERDEAUX, G. apud MIRANDA, Jorge. Ob. cit. p. 16.

Em conseqüência, as Constituições contemporâneas⁸, ao menos em sua grande parte, são amplas, extensas, analíticas, abordando de forma minuciosa os mecanismos de limitação do poder, e os direitos e garantias do cidadão, para que não haja subversão do sistema, arbítrio ou desamparo dos cidadãos.

Porém, a doutrina já menciona a existência do neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo pós-positivista, como preferem alguns, no qual se proclama a supremacia material das normas constitucionais, a força normativa dos princípios, a ênfase nos direitos humanos fundamentais, em especial, na dignidade da pessoa humana.

Esse constitucionalismo de vanguarda é marcado por determinados valores, os quais são retratados com precisão pelo constitucionalista mineiro Kildare Gonçalves Carvalho, em obra cuja qualidade exige reiteradas remissões:

I) verdade – as constituições não mais conterão promessas impossíveis de serem realizadas, nem consagrarão mentiras. Para tanto, o referido publicista argentino analisa as normas que, de natureza programática, encerram projetos inalcançáveis pela maioria dos Estados, defendendo a necessidade de sua erradicação dos textos constitucionais. Por isso é que o constitucionalismo será verdadeiro, transparente e eficaz; II) solidariedade – as constituições do futuro aproximar-se-ão de uma nova idéia de igualdade, baseada na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social, com a eliminação das discriminações; III) continuidade – é muito perigoso em nosso tempo conceber constituições que produzam uma ruptura da denominada lógica dos antecedentes, pelo que as reformas constitucionais, embora objetivando adaptar os textos constitucionais às exigências da realidade, ocorrerão com ponderação e equilíbrio, dando continuidade ao caminho traçado; IV) participação – o povo e os corpos intermediários da sociedade participarão de forma ativa, integral e equilibrada no processo político (democracia participativa) eliminando-se, com isso, a indiferença social; V) integração – haverá

⁸ Fala-se, ainda, que diante das suas características, o constitucionalismo exige uma Constituição escrita, “*seja porque esta Constituição deve proclamar os direitos fundamentais do homem e apresentar-se como uma norma imposta aos detentores do poder estatal, seja porque ela obterá o equilíbrio necessário a que nenhum deles possa acumular poderes e eliminar a liberdade*” (CARVALHO, Kildare Gonçalves. Ob. cit. p. 233).

integração, prevista ns constituições, mediante cláusulas que prevejam órgãos supranacionais, dos planos interno e externo do Estado, refletindo a integração espiritual, moral, ética e institucional dos povos; VI) universalização – os direitos fundamentais internacionais serão previstos nas constituições do futuro, com a prevalência universal da dignidade do homem, e serão eliminadas quaisquer formas de desumanização”

E, essas características, que estão se concretizando como realidade a cada dia que passa, mormente porque o estágio de desenvolvimento político, social e econômico atual assim o exigem, implica o destacamento do Poder Judiciário, para a preservação do programa inserido na Constituição, conforme, aliás, melhor se desenvolverá no tópico adequado.

3 CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

O controle da constitucionalidade, segundo o conceito difundido na doutrina, é a técnica utilizada para extirpar do ordenamento jurídico as leis e atos normativos elaborados em dissonância do processo de criação previsto na Constituição, ou cujo conteúdo contrarie os primados consagrados pela Lei Maior.

Entretanto, a inconstitucionalidade não se verifica apenas em relação à lei ou ato normativo, mas, em sentido mais genérico, “se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido, que tem nela ou não a sua base”⁹.

E, nesse contexto, dentro das possibilidades e mecanismos adequados, devem ser também os atos (comportamentos) compatibilizados com a lei maior, a qual congrega os preceitos que determinada comunidade valora como adequados e, nessa condição, esperam sejam observados. Porém essa é questão a ser examinada no tempo oportuno.

Trata-se, portanto, de uma garantia prevista pela Constituição em favor de suas próprias normas e princípios, no sentido de que não poderão ser contrariados pelo legislador infraconstitucional, preservando, assim, o seu conteúdo e eficácia.

Acerca do vício da inconstitucionalidade, interessante a metáfora lançada por Alexander Hamilton:

⁹ MIRANDA, Jorge apud CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição**. 14ª ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008. p. 349.

“Nenhum acto legislativo contrário à Constituição pode ser válido. Negar isto seria como que sustentar que o procurador é maior do que o mandante, que os representantes do povo são superiores a esse mesmo povo, que aqueles que agem em virtude de poderes concedidos podem fazer não só o que eles autorizam mas também aquilo que proíbem.”¹⁰

3.1 Tipos de Inconstitucionalidade

Diversas são as formas e os modos pelos quais uma lei ou um ato normativo pode contrariar a Constituição Federal, conforme se vê da sumária análise procedida à frente:

3.1.1 Inconstitucionalidade formal ou nomodinâmica

A inconstitucionalidade formal pode se manifestar de duas formas, a primeira, denominada de inconstitucionalidade orgânica, ocorre quando da inobservância da regra de competência para a edição, ou do vício de competência do órgão de que promana o ato normativo.

¹⁰ HAMILTON, Alexander apud MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, tomo II**. Coimbra: Coimbra editora limitada, 1991. p .18.

A segunda, por seu turno, é denominada de inconstitucionalidade formal propriamente dita e decorre da inobservância do procedimento legislativo fixado na Constituição.

3.1.2 Inconstitucionalidade material ou nomestática

A inconstitucionalidade material se verifica na hipótese em que o conteúdo do ato está em desacordo com o conteúdo da Constituição Federal, seja por incompatibilidade com os fins constitucionalmente previstos, ou por inobservância do princípio da proporcionalidade.

3.1.3 Inconstitucionalidade por ação

A inconstitucionalidade por ação pressupõe uma conduta positiva, que não se compatibilize com os ditames previstos na Constituição.

3.1.4 Inconstitucionalidade por omissão

A inconstitucionalidade por omissão se verifica a partir da inércia do legislador, o qual não se desonera da obrigação de regulamentar os dispositivos constitucionais dependentes de lei complementar (normas de eficácia limitada) para produzir eficácia.

Lembre-se que não é qualquer lacuna constitucional que acarreta a inconstitucionalidade por omissão, conforme, aliás, bem esclarece o constitucionalista paranaense Clèmerson Merlin Clève:

Na obra do Constituinte certamente pode-se encontrar: (I) lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional, desejadas pelo Constituinte (normas de eficácia limitada, basicamente) e que, sendo, em princípio, colmatáveis exclusivamente pelo Legislador, implicam um dever de legislar; (II) lacunas não ofensivas ao plano de ordenação constitucional que, embora desejadas pelo Constituinte, não podem sofrer processo de integração nem por obra do Legislador (trata-se do que a doutrina convencionou chamar de 'silêncio eloqüente'); e, ao fim, (III) lacunas ofensivas ao plano de integração por meio de mecanismos convencionais de colmatação conhecidas pela doutrina (no Brasil: art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). Pois bem, apenas o primeiro tipo de lacuna é capaz de dar lugar, caso não cumprido pelo Legislador o dever constitucional de legislar, à inconstitucionalidade por omissão.”¹¹

¹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 53.

3.1.5 Inconstitucionalidade originária

A inconstitucionalidade originária decorre da emissão de um ato violador da Constituição, na vigência da própria norma constitucional.

3.1.6 Inconstitucionalidade superveniente

A inconstitucionalidade superveniente verifica-se quando uma nova norma constitucional surge e dispõe em contrário de uma lei ou de outro ato precedente.

Nesse tópico, duas considerações são de extrema relevância.

A primeira é no sentido de que a inconstitucionalidade superveniente não se verifica em relação à incompatibilidade formal de lei anterior com os ditames trazidos pelo novo texto constitucional, desde que produzida em conformidade com o processo legislativo vigente à época de sua elaboração, e desde que o seu conteúdo se amolde à nova Constituição.

A segunda é no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar essa questão, decidiu que não se trata de inconstitucionalidade superveniente a hipótese de novo texto constitucional que disponha em oposição à lei anterior, mas sim de derrogação do direito precedente por incompatibilidade com a lei posterior e superior.

A propósito, segue trecho do voto do e. Min. Paulo Brossard nesse sentido:

“O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucional leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A Lei maior valeria menos que a ordinária.”¹²

3.1.7 Inconstitucionalidade pretérita

A inconstitucionalidade pretérita se verifica quando uma lei contraria preceitos de Constituição contemporânea a sua edição, mas já revogada, e, por sua vez, harmoniza-se perfeitamente com a Constituição em vigor.

Parece óbvio, nesses casos, que não existe razão para se declarar a inconstitucionalidade da lei, sob pena de se outorgar privilégio à ordem revogada em detrimento da ordem vigente, a qual certamente retratará com maior precisão as necessidades e os anseios do Estado e de seus cidadãos.

A situação, contudo, torna-se complexa em relação aos atos praticados com base nessa lei ao tempo em que vigia a Constituição revogada. A doutrina parece

¹² STF, ADI 521, Rel. Min. Paulo Brossard.

admitir a declaração de inconstitucionalidade, por via difusa, com base nos primados de direito intertemporal.

3.1.8 Inconstitucionalidade progressiva

A inconstitucionalidade progressiva ocorre naquelas situações em que a lei nasce constitucional, mas, com o tempo, dada a alteração das concepções políticas, sociais ou econômicas, vai se tornando defasada e contrária os novos interesses daquela comunidade, sem que haja a alteração da ordem constitucional.

3.1.9 Inconstitucionalidade total

A inconstitucionalidade total é aquela que abrange a integralidade do ato normativo.

3.1.10 Inconstitucionalidade parcial

A inconstitucionalidade parcial é aquela que alcança apenas parte do ato normativo.

Convém lembrar, nesse tema, que a inconstitucionalidade parcial pode implicar a inconstitucionalidade total quando, em consequência da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, se reconheça que as normas restantes, conformes à Constituição, deixam de ter qualquer significado autônomo (critério da dependência); além disso, haverá uma nulidade total quando o preceito inconstitucional fizer parte de uma regulamentação global à qual emprestava sentido e justificação (critério da interdependência)¹³.

3.1.11 Inconstitucionalidade antecedente ou imediata

Decorre de um juízo da violação direta e imediata, da norma constitucional, por uma lei ou ato normativo inferior.

3.1.12 Inconstitucionalidade consequente, derivada ou por arrastamento

¹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ob. cit. pp. 49/50.

Decorre de um efeito reflexo da inconstitucionalidade antecedente ou imediata. Será, desse modo, inconstitucional, a norma dependente de outra norma já declarada inconstitucional, ou seja, se uma lei é inconstitucional, o decreto que a regulamentou também o será, já que com aquela mantém relação de dependência.

3.1.13 Inconstitucionalidade causal

Quando o ato praticado não atende à situação fática que a Constituição instituiu como pressuposto de sua existência.

3.2 Vias de Controle

Nesse tópico, analisar-se-á o controle da constitucionalidade de acordo com o órgão encarregado.

3.2.1 Controle político

O controle político é via de controle em que a constitucionalidade das leis é verificada por um órgão político, qual seja, o próprio Legislativo, ou o Chefe de Estado, ou, ainda, como existente em determinados países, por um órgão especialmente constituído para esses fins.

Normalmente, esse modelo é adotado em países em que o Poder Judiciário não tem um conceito favorável, ou naqueles em que pairam certas desconfianças sobre os seus juízes.

3.2.2 Controle jurisdicional

Nessa forma, o controle da constitucionalidade é exercido pelo Poder Judiciário.

Muita discussão existe sobre a legitimidade e a conveniência de que a tarefa de conferir a regularidade das Leis, editadas por representantes diretos do povo, seja realizada por um poder eminentemente técnico, e cuja composição não leva em consideração a mais elementar característica da democracia.

Porém, essa conjuntura, e as demais que envolvem o controle da constitucionalidade, e a possibilidade do juiz conferir e criar a norma, para respeitar os ditames da Constituição Federal, será objeto de tópico próprio.

3.2.3 Controle Misto

O controle misto, como a própria nomenclatura denota, corresponde a um somatório do controle político com o controle jurisdicional.

É esse o modelo adotado no Brasil, em que existe um controle preventivo da Constitucionalidade, realizado no Congresso Nacional no momento da aprovação da Lei e, posteriormente, pelo Presidente da República, que tem a prerrogativa de vetá-la caso entenda que o seu conteúdo não se adéqua à Constituição, ou que existe vício no seu processo de formação.

E, posteriormente, já vigente a Lei, estará ela submetida ao crivo do Judiciário, o qual poderá analisar a sua pertinência em ação própria, com propósito específico de conferir a sua constitucionalidade, ou de forma incidental, para a resolução dos conflitos intersubjetivos de interesses que são submetidos ao seu crivo.

4 CONTROLE JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE

Para reingressar no exame do controle jurisdicional da constitucionalidade, suas formas, seus mecanismos, suas características e a imprestabilidade dos argumentos contras que lhe são opostos, convém remeter à brilhante afirmação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁴:

“O controle jurisdicional tem por si a naturalidade, pois a verificação da constitucionalidade de uma norma não é senão um caso particular de verificação de legalidade, atribuição que freqüentemente é desempenhada pelo Poder Judiciário.”

4.1 Controle Concentrado

O concentrado é uma forma de controle jurisdicional da constitucionalidade que é atribuída privativamente a um órgão componente do Poder Judiciário, normalmente o seu órgão de cúpula, criado especialmente para esse fim.

¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves apud CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição**. 14^a ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008. pp. 372/373.

4.2 Controle Difuso

O controle difuso, por sua vez, é prerrogativa de todo o Juiz que, ao decidir um conflito concreto submetido a sua apreciação por meio do processo, tem de se valer de um juízo de valor sobre o comportamento ou a norma examinada, como elemento prejudicial de sua decisão.

4.2.1 Incompletude do ordenamento, o problema da injustiça das leis e a atuação jurisdicional

Não se pode conceber que a norma, geral e abstrata, possa prever todas as especificidades e variações do caso concreto, sendo certo que o ordenamento jurídico é amealhado de lacunas, e a produção legislativa certamente não acompanha, e nunca acompanhou, a evolução histórica e cultural das sociedades, determinando, sempre, um enorme vazio legislativo.

[...] o direito é uma realidade dinâmica, que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-as, adaptando-as às novas exigências e necessidades da vida, inserindo-se na história, brotando do contexto cultural. A evolução da vida social traz em si novos fatos e conflitos, de modo que os legisladores, diariamente, passam a elaborar novas leis; juízes e

tribunais, de forma constante, estabelecem novos precedentes, e os próprios valores sofrem mutações, devido ao grande e peculiar dinamismo da vida¹⁵.

Comparativamente ao processo legislativo, não se tem dúvidas de que a construção jurisprudencial é mais eficaz à construção de novas premissas, à adequação das normas pré-existentes à realidade social vigente, circunstância indispensável na atuação jurisdicional, pois, do contrário, tornar-se-ia inócua e tirânica, mantendo valores não mais aceitos pela sociedade pela simples observação legislativa, o que, certamente, levá-la-ia ao seu descrédito.

De outro lado, a mera aplicação do preceito geral e abstrato, sem valorações pessoais do julgador demonstra uma preocupação com a igualdade formal¹⁶, própria do Estado Liberal, que compreendia os juízes como meros “intérpretes passivos dos textos legais”¹⁷, o que, mormente na atualidade, onde se privilegia a isonomia material, os fatores que levam a necessidade do *discrímen* legislativo¹⁸, não poderia prevalecer.

A neutralidade dos juízes, calcada na neutralidade da lei, é a negação do próprio direito, enquanto *produto cultural e instrumento social*, voltado à convivência democrática e pluralista, tolerando as diferenças e os

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo, Saraiva: 2001, pp. 434/435.

¹⁶ Por outro lado, os casos conflitivos continham características homogêneas, o que não exigia do juiz uma especial compreensão das suas particularidades. Na verdade, o caso sobre o qual o juiz devia se debruçar era encoberto pela lógica da subsunção, para quem os fatos eram considerados a premissa menor e a norma geral a premissa maior. Tais fatos, ou simplesmente o caso, porque vinham de uma sociedade compreendida a partir de um ângulo igualizador, não exigiam qualquer esforço interpretativo ou de atribuição de sentido, o que dava à tarefa do juiz uma qualidade quase mecânica. Era suficiente relacionar o caso, sem a necessidade de sua compreensão, com a norma geral, cujo conteúdo era claro e indiscutível. (MARINONI. op. cit. p. 48).

¹⁷ CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil: uma visão crítica**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 23.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, 3ª ed., 14ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37.

antagonismos políticos, religiosos e morais, em nome do respeito aos legítimos interesses individuais e coletivos.

Por isso, é inconcebível que os juízes sejam compreendidos como meros *interpretes passivos* dos textos legais, uma vez que é essa neutralidade que impede que o Judiciário seja visto como um espaço democrático do exercício da cidadania, atuando como um verdadeiro poder capaz de, reconhecendo o direito como um *produto cultural*, aplicá-lo como meio de promover a justiça e de realizar transformações sociais¹⁹.

Essa impossibilidade de resignação ao ordenamento jurídico na atividade jurisdicional é também bem retratada por Eduardo J. Couture:

O juiz não pode ser um símbolo matemático, porque é um homem; o juiz não pode ser a boca da lei porque pronuncia as palavras da lei, porque a lei não tem possibilidade material de pronunciar todas as palavras do direito; a lei procede tendo por base certas simplificações esquemáticas, e a vida apresenta, diariamente, problemas que não puderam entrar na imaginação do legislador. Quando a lei cai no silêncio, podemos dizer – seguindo a metáfora do poeta – que esse silêncio está povoado de vozes... Quando o juiz dita sua sentença, não é só intérprete das palavras da lei, mas também de suas vozes misteriosas e cultas²⁰.

Portanto, a atividade jurisdicional não pode se reduzir ao conteúdo do preceito legal, pois, quando este não é justo, o direito não consegue alcançar seu fim, de modo que deve haver uma preocupação ética pelos resultados do processo²¹, o qual deve seguir os anseios da comunidade, normalmente contidos na Constituição (escopo jurídico do processo).

¹⁹ CAMBI. Op. cit. p. 23.

²⁰ COUTURE, Eduardo J apud CAMBI. Ibidem. p. 80.

²¹ Ibidem. pp. 26/27.

Esse seu caráter instrumental – técnica aperfeiçoada que é de obtenção de comportamentos – tem levado os juristas, com desespero, a gritar que o Direito preexiste ao Estado, sua fonte, e que existe à margem e até mesmo contra a lei, seu veículo. E, por isso, ‘nem tudo que é legal justo é’. Por certo, tiranias e injustiças do pretérito e do presente, a leste e a oeste, sustentam este grito. O Direito jamais foi sinônimo de justiça. A lei tem sido aqui e alhures, agora como antanho, mais um instrumento de reprimenda do que de libertação. As ‘ordens positivas’ são feitas pelos ‘donos do poder’, pouco importando a ideologia que professem. Tem sido necessário, pois, gritar a existência de um Direito natural, anterior e acima do Estado. Só que este Direito não é reconhecido pelos tribunais, não regula o dia a dia dos homens, nem jamais estancou a opressão e o arbítrio. É e tem sido sempre, literalmente um grito de revolta destituído de positividade. Quando muito, serve de padrão para dizer como o ‘Direito-que-é’ deveria ser. Temos a convicção de que a justiça é algo que se coloca para lá das ‘legalidades vigentes’²².

Para finalizar, não se poderia deixar de lado a brilhante afirmação do mestre italiano Francesco Carnelutti:

“Quando il precetto non è giusto il diritto è meno diritto di quello che dovrebbe essere per poter raggiungere il suo scopo”²³.

4.2.2 A insuficiência do método interpretativo para alcance do escopo jurídico do processo

A delimitação do escopo jurídico da jurisdição está diretamente vinculada com a problemática das teorias unitária e dualista do ordenamento jurídico.

²² COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 07.

²³ CARNELUTTI, Francesco, apud, CAMBI. Ob. cit. p. 27.

Para os adeptos da primeira, este corresponderia à justa composição da lide, ao passo que para os seguidores da segunda, a atuação da vontade concreta da lei.

Cândido Rangel Dinamarco, em cuja obra se escora o estudo dos escopos da jurisdição, filia-se a segunda, e para tanto traz fortes fundamentos, senão vejamos:

Só mesmo sob a condição de esvaziar o direito de qualquer conteúdo axiológico e reduzi-lo à norma entendida como mero preceito positivado e depois liberto de ligações com a base social, é que se poderia talvez pensar nessa função como criativa do direito. Os arautos da teoria unitária lançam a barra longe demais, ao equiparar o juiz ao arranjador ou ao intérprete musical, que participam com maior criatividade e dão de si e do seu talento, legitimamente, para o enriquecimento das peças que adaptam ou executam. Quando o juiz extrapola os lindes da lei e dos valores que o clima axiológico da sociedade projeta sobre os fatos em exame, quando ele traz os seus sentimentos e preferências pessoais e os projeta sobre o julgamento que em nome do Estado é chamado a fazer, ele poderá estar criando realmente, mas isso não significa que criar seja sua *função* institucionalizada. Tomar o fenômeno (*sein*) por escopo (*sollen*) constitui desvio de perspectiva, tanto mais grave quanto as distorções dessa ordem não são sequer apontadas como freqüentes²⁴.

Contudo, seja por imaturidade científica, ou mesmo em razão da rasa compreensão sobre o assunto, parece ser a opção do mestre paulista equivocada, por partir de uma premissa nem sempre verdadeira.

Com efeito, quando Dinamarco afirma que a margem de manobra do juiz deverá limitar-se aos *lindes* do conteúdo axiológico da lei, parte ele da idéia de que todas as situações a ensejar intervenção jurisdicional estariam previstas no ordenamento jurídico, e que este sempre seria atual, conforme os valores

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.p. 198.

contemplados pela sociedade contemporânea. E esta afirmação é perfeitamente comprovável a partir do seguinte trecho de sua obra:

O ordenamento jurídico, ao contrário, tem implicitamente por premissa a preexistência das situações jurídicas de direito material em torno das quais se desenvolvem os processos em juízo [...].
Nessas colocações e outras tantas em que possa transparecer a regra da eficácia *ex tunc* das sentenças meramente declaratórias, tem-se a confirmação dessa afirmada predisposição do ordenamento jurídico a tomar por certa a premissa da preexistência dos direitos e obrigações, que as atividades processuais apenas cuidam de revelar, sem nada acrescentar-lhe substancialmente²⁵.

Entretanto, esta premissa não é verdadeira. Como dito no tópico anterior, as relações sociais são dinâmicas e estão em profunda e veloz transformação, principalmente em razão das novas tecnologias surgidas diariamente, e difundidas entre a população, o que, sem sombra de dúvidas, faz surgir situações novas que padecem de previsão legal, ou, então, tornam a lei defasada e contrária a novos valores que vão brotando na sociedade e que, logo na seqüência, se tornam premissas consolidadas.

A extrema formalidade do processo legislativo, na mesma medida em que é benéfica por cuidar para que somente leis adequadas à sociedade e à Constituição integrem o ordenamento jurídico pátrio, acabam por engessá-lo, impedindo a sua constante e rápida evolução, deixando situações desalbergadas, ou, ao menos, não lhe dando a tratativa adequada.

²⁵ DINAMARCO. Op. cit., pp. 192/193.

Sobre a problemática das leis injustas, preciosa é a lição de Plauto

Faraco de Azevedo:

Ora, é a mutação social que torna vetusta a lei, ora são os contornos específicos e diferenciados de certos fatos que tornam difícil o seu enquadramento legal. Ora é a lei que teima em ignorar as demandas sociais, exprimindo o insatisfatório senso de justiça de seus elaboradores, ora são os fatos que, desafiando previsibilidade legal e o engenho humano, revelam-se rebeldes ao automatismo do trabalho interpretativo, exigindo trabalho criativo, combinação e sistematização de dispositivos legais, suprimento de lacunas, devido a novas necessidades humanas ou a caracteres novos que se acrescem a velhos fatos, ou, ainda, a formas diversas de valorizar os mesmos fatos. É, enfim, toda a evolução da vida que desafia o esquema jurídico e aqueles que, por excelência, com ele lidam. Aqui e ali, constantemente, pode verificar-se a inadequação dos fatos às normas jurídicas, configurando o conhecido problema da lei injusta, que apenas deixa de sê-lo quando mercê de ampla formação jurídica – abrangendo o domínio das regras e dos valores que as orientam, bem como dos valores imanentes aos fatos reclamando solução jurídica e de todos os seus contornos e peculiaridades – o intérprete da lei, seja ele o juiz ou qualquer outro, encontra solução capaz de ensejar a harmonia social²⁶.

Com lei injusta, ou na ausência de lei, não existirá qualquer manobra dos intérpretes que, sem uma porção de criação, permita corrigir a falha ou o equívoco, e cumprir o escopo social da jurisdição, sob aspecto justiça das decisões²⁷. A resignação a esta impossibilidade, e opção por mera atuação da vontade concreta da lei, cria um problema de dimensões demasiadamente grandes, de aceitar estes resultados injustos, conforme, aliás, aceita Dinamarco ao citar o jurista argentino Albergo G. Spota, com o que, renovando meus respeitos, não se concorda:

²⁶ AZEVEDO. Plauto Faraco de apud CAMBI. Op. cit., p 21.

²⁷ Neste aspecto, valiosa é a colocação de Sacha Calmon Navarro Coelho: O direito enquanto ordem positiva reflete, tem refletido, o que lhe vai pela base. Ele é a prova acabada da nossa imperfeição. Instrumento de disciplinação das coletividades, através da *planificação prévia* dos comportamentos desejáveis, tanto tem servido a Agostinho e a sua *Civitas Dei* quanto a Hitler e o seu Reich de mil anos com igual eficácia (COELHO, Sacha Calmon Navarro. Ob. cit.. p. 7).

Os louvores à interpretação evolutiva não podem chegar a algo que se pareça com as idéias de escola do direito livre. O clima de legalidade ditado constitucionalmente no Estado-de-dreito repele a institucionalização de sentenças *contra legem*, ainda que a lei vigente conduza a resultados viciados ou injustos²⁸.

Mais a frente, contudo, Cândido Rangel Dinamarco, sensível a necessidade de integração do ordenamento pelas sentenças, admite esta possibilidade em caráter excepcional: em casos de formar-se um valo entre o texto da lei e os sentimentos da nação, muito profundo e insuperável, perde legitimidade a lei e isso cria um clima para a legitimação das sentenças que se afastem do que em sua criação veio a ditar²⁹. Ora, ou a superficialidade do estudo para o desenvolvimento deste trabalho não me permitem entender o posicionamento do d. mestre paulista, ou sua obra encerra uma enorme contradição.

Como diz filiar-se à teoria dualista do ordenamento jurídico, refutando a unitária, se admite, ainda que por exceção, a possibilidade de criação pela sentença? E isto afirma taxativamente em nota de rodapé³⁰. Por certo que a teoria unitária também reconhece que este trabalho de criação deverá se dar de forma excepcional, quando a simples aplicação do direito não seja suficiente para o alcance da finalidade social da jurisdição.

²⁸ DINAMARCO. Op. cit., p. 199.

²⁹ Idem.

³⁰ Afirma Dinamarco: Permite-se (ou exige-se?) que o juiz se afaste do sentido gramatical dos textos legais e mesmo do preceito desenganadamente contido neles, somente quando isso for necessário para o substancial cumprimento *do direito* -, entendido este não só com vistas postas no ordenamento jurídico como um todo, mas na inteireza do trinômio fato-valor-norma. Nesse sentido é que se pode falar em 'direito jurisprudencial' (*Richterrecht*), caracterizado pela avançada tomada de posições pelos juízes e tribunais, em antecipação a modificações de que o legislador ainda se faz devedor (DINAMARCO. Idem).

4.2.3 A necessidade de controle da constitucionalidade a partir da atividade criativa

Na atualidade, fruto de uma evolução sólida e consciente, temos a exaltação de um plano político projetado democraticamente, como carro chefe da produção normativa. Os anseios sociais, os planos e metas a serem desenvolvidas pelo Estado são alçados a maior categoria legislativa do país – a Constituição Federal –, orientando a elaboração das leis inferiores, e, conseqüentemente, a produção da norma jurídica, enquanto interpretação da norma pelos Juízes.

A opção, como dito, é fruto de um sólido e proficiente amadurecimento político, atento às manobras das classes dominantes, responsáveis pela produção legislativa, que, por vezes, não raras, editam leis egoísticas, nebulosas, que ferem os programas desejados pela maioria da população, e impõe, por outro lado, o intenso e constante controle da lei pelo executivo e judiciário.

Como ressalta Robert Alexy, ao se dizer que a lei encontra limite e contorno nos princípios constitucionais, admite-se que ela deixa de ter apenas uma legitimação formal, ficando amarrada substancialmente aos direitos positivados na Constituição. A lei não vale mais por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais³¹.

³¹ ALEXY, Robert apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 44.

Está-se, pois, diante do que se denominou “pós-positivismo”, onde a tarefa do juiz não mais se circunscreve à declaração pura do direito, mas pelo contrário, cabê-lhe examiná-lo, de acordo com os princípios constitucionais e direitos fundamentais, promovendo as devidas correções nos pontos de atrito, e preservando os pontos de convergência, para, desta forma, cumprir aos objetivos, programas e valores estatais (devido processo legal substantivo).

Este novo perfil do magistrado, e dos juristas, de um modo geral, é bem retratado através da metáfora lançada por Luiz Guilherme Marinoni, senão vejamos:

A obrigação do jurista não é mais apenas a de *revelar* as palavras da lei, mas sim a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei – ou, de forma figurativa, comprando-se a sua atividade com a de um fotógrafo, descartar a película por ser impossível encontrar uma imagem compatível³².

Esta constante tarefa de conferência e controle da constitucionalidade da Lei tornou-se uma obrigação do Magistrado, que terá o dever de realizá-lo, ainda que de forma incidental, e mesmo quando não constituir objeto principal do processo, seja por meio do expresse reconhecimento da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, da interpretação conforme a Constituição, ou da declaração parcial de nulidade sem redução de texto. Lembre-se que estas mesmas técnicas podem ser utilizadas para controle concentrado da constitucionalidade, a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I ‘a’, da CF), após provocação de algum dos poucos legitimados (art. 103, da CF).

³² MARINONI. *Ibid.*, p. 45.

No que concerne ao controle difuso da constitucionalidade, único que interessa para a continuidade do presente estudo, a declaração da inconstitucionalidade é óbvia, e prescinde de conceituação, senão na via da omissão, quando a mora do poder competente na elaboração de lei ou ato normativo impedir o gozo de direitos consagrados na Lei Máxima. A interpretação conforme, por sua vez, consistirá na valorização da única interpretação da lei que estará em termos com os ditames constitucionais, ao passo que a declaração parcial de nulidade sem redução de texto destacará aquelas interpretações que confrontem com o texto constitucional, preservando as demais, que ficarão a escolha dos seus operadores.

Esta atividade³³, ressaltado, deverá ser realizada a cada oportunidade em que o juiz intervier no processo, e, caso se verifique alguma destas situações, a sua decisão terá efeito restrito às partes, sem retirar a validade do instrumento legal rechaçado, ou, tampouco, vincular os demais órgãos do Judiciário ou da Administração Pública.

Para tanto, é necessário mais do que o amplo conhecimento do sistema constitucional, é imprescindível que tenha o magistrado completa consciência da realidade em que vive, das evoluções alcançadas, das alterações de valores que atingiram a todos os segmentos da sociedade, para que, desta forma, possa dar o mais fiel dimensionamento às leis, e, conseqüentemente, realizar o mais fiel controle da constitucionalidade.

Esta, aliás, é exigência ressaltada por Gustavo Zagrebelsky, nas palavras de Marinoni:

³³ Esta nova exigência na atuação do Judiciário, por óbvio, começa a desenhar um novo conceito de Jurisdição, o qual será exposto ao fim da verificação de todas as nuances impostas na prestação jurisdicional pelo Estado Constitucional.

Quando se insiste na necessidade de o juiz atribuir sentido ao caso levado a sua análise, deseja-se, antes de tudo, dizer que ele não pode se afastar da realidade em que vive. Se a percepção das novas situações, derivadas do avanço cultural e tecnológico da sociedade, é fundamental para a atribuição de sentido aos casos que não estão na cartilha do judiciário, a apreensão dos novos fatos sociais, que atingem a família, a empresa, o trabalho etc., é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos³⁴.

Contudo, a grande problemática desta visão, e que já assombrou outras definições, em outros tempos, corresponde à indagação: na hipótese do efetivo controle da constitucionalidade, o juiz cria o direito?

Desde já, antecipa-se que a resposta atribuída pela doutrina preponderante é negativa, mas, dada a complexidade do tema, ou, talvez, de conclusão divergente, a questão merece um tratamento mais detalhado, e segmentado.

Na hipótese de conformação da Lei à Constituição através da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, o acerto do posicionamento indicado acima é latente. Ao promover a adequação dos textos legais à Constituição, o que ocorre é a interpretação da Lei e dos valores, dentro de uma limitação que o próprio clima axiológico da sociedade projeta sobre os fatos em exame³⁵. O que ocorre é a criação de uma norma jurídica, assim compreendida como interpretação do texto legal, mas não de uma norma individual sem precedentes.

Dinamarco, em brilhante passagem, na tratativa de situação semelhante, justifica: só mesmo sob a condição de esvaziar o direito de qualquer conteúdo axiológico e reduzi-lo à norma entendida como mero preceito positivado e

³⁴ MARINONI. *Ibid.*, p. 92.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ob. cit.* p. 198.

depois liberto de ligações com a base social, é que se poderia talvez pensar nessa função como criativa do direito³⁶.

Entretanto, a questão se torna mais complexa e intrincada quando analisamos a declaração de inconstitucionalidade e o controle da constitucionalidade por omissão³⁷, hipóteses que “[...] conferem ao juiz a possibilidade de fazer valer a Constituição mediante a eliminação da norma inconstitucional, ou do preenchimento do vazio normativo que impede a tutela do direito fundamental [...]”.

Em nenhuma destas situações, aponta Marinoni, e aqui se exige a transcrição literal de suas palavras, o juiz cria o direito. A jurisdição apenas está zelando para que os direitos sejam tutelados de acordo com as normas constitucionais, para que os direitos fundamentais sejam protegidos e efetivados ainda que ignorados pelo legislador, e para que os direitos fundamentais sejam tutelados no caso concreto mediante a aplicação da regra do balanceamento³⁸.

Segue o autor: o juiz, ao atuar dessa forma, não apenas cumpre a tarefa que lhe foi atribuída no constitucionalismo contemporâneo, como também, *diante da transformação do próprio conceito de direito*, apenas o *aplica*. Ou seja, no Estado constitucional não há qualquer motivo para a doutrina enxergar aí uma exceção à função de aplicação do direito, como se a aplicação do direito ou atuação jurisdicional não estivesse subordinada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais³⁹.

³⁶ Idem.

³⁷ Salvo melhor juízo, discordando de Marinoni, a tutela de um direito fundamental diante de outro não suscita maiores discussões, sendo nítida que a resolução de situação desta natureza não cria norma no caso concreto, mas tão somente decorre da hermenêutica jurídica, a partir das regras de antinomia, ou, como prefere o mestre paranaense, a partir do balanceamento, formado por critérios de proporcionalidade.

³⁸ MARINONI. Op. cit., p 102.

³⁹ Idem.

Contudo, com o devido respeito a este posicionamento doutrinário, a questão merece tratativa diferente em sede de controle da constitucionalidade por omissão, porém não segundo a ordem constitucional vigente, mas segundo um plano ideal. Explico:

O art. 103, § 2º da Constituição Federal assim dispõe: declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Referido dispositivo contempla o segmento da doutrina constitucional denominado de “não concretistas”, para quem o suprimento da omissão legislativa, que impede o exercício de um direito consagrado na própria Constituição, deve ser realizado pelo órgão competente – o legislativo – após a ciência de sua mora, termo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal vigente é analítica e, nessa condição, contempla os principais direitos conferidos aos brasileiros, inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania, às liberdades, etc., cuja violação impõe grande restrição, de severas conseqüências à população. Portanto, na hipótese de inexistência de lei ou ato normativo infraconstitucional que proporcione o exercício destes direitos constitucionais, o tempo é um sério adversário do lesado, e a ele sacrifica, como um doente aguardando atendimento médico.

Na contramão destas necessidades está o meio de suprimento da omissão adotado pelo próprio sistema constitucional. Com efeito, ainda que não se analisasse a discricionariedade do legislador, que, mesmo nestas circunstâncias, não está obrigado a cumprir esta missão em relação àquela situação específica

contemplada pela decisão judicial, dadas as formalidades do processo legislativo, e o excesso de projetos em pauta nas casas de leis, o exercício do gozo do direito, tão fundamental à população, poderá ser indefinidamente postergado.

Atento a esta problemática, José Afonso da Silva, após fazer uma crítica salutar a respeito da impropriedade desta opção constitucional, traz a solução para a reversão dos problemas dela decorrentes, o que, a toda evidência, confronta com o posicionamento de que a jurisdição não poderá criar o direito no caso concreto:

Contudo, a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais⁴⁰.

Ao dispor normativamente sobre a matéria omissa, o juiz estaria, ainda que temporariamente, criando uma norma específica, geral ou individual⁴¹ (dependente da espécie de controle de constitucionalidade exercida, concentrado ou difuso) a regular determinadas situações concretas. Aqui, ainda que a título ilustrativo, valiosa é a lição de Hebert Hart:

Haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 23ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2004. p. 48.

⁴¹ Cujá legitimação, como propõe Marinoni, ainda que sobre outro prisma, decorreria da necessidade de fundamentação da sentença, onde se explicitariam os motivos que levaram à edição da norma, podendo-se, pois, analisar a correção, ou não, da opção adotada pelo juiz (MARINONI. Op. cit., p. 102).

é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. **Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado da jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso**, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente⁴². (grifo nosso)

Neste aspecto, salvo se incurso em provável erro de interpretação, a tese defendida por Luiz Guilherme Marinoni estaria a conter esta pequena imperfeição.

Outrossim, na hipótese de declaração de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, a situação comporta dualidade de conseqüências: se a partir da declaração de inconstitucionalidade, o direito sob trato não mais puder ser exercido, ficando totalmente desamparado, recairíamos na mesma solução apresentada pelo controle da constitucionalidade por omissão. Por outro lado, se nesta mesma hipótese, a própria norma constitucional comportar um campo axiológico que autorize o exercício do direito em voga, a situação seria resolvida por mera interpretação, que não teria o condão de criar a norma específica para aquele caso concreto.

Portanto, inexorável a conclusão de que é indispensável a atividade criativa do Juiz como mecanismo eficaz de controle da constitucionalidade, atendendo, assim, ao Estado de Justiça (pós-positivismo) que substitui o Estado de Direito do positivismo jurídico.

A propósito, brilhante o excerto de Mauro Capelletti⁴³:

⁴² HART, Herbert apud MARINONI. Ibid. p. 101.

⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999. p. 42.

Mais cedo ou mais tarde, no entanto, como confirmou a própria experiência italiana e de outros países, os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um 'ramo'. **E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas 'finalidades e princípios': o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes respeitar.**

4.2.3 Legitimidade da atividade criativa do juiz e do controle de constitucionalidade por ele operado

Uma das maiores oposições que se lança à atividade criativa do juiz, e ao seu controle da constitucionalidade, é a virtual ausência de legitimação democrática, pois são agentes políticos que não são escolhidos pelo povo e, em conseqüência, independentes, ao oposto daqueles que tem a atribuição de criar as leis questionadas.

Pontua Lord Devlin, qualificado como um dos mais ferrenhos opositores da atividade criativa do juiz:

É grande a tentação de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário.

Porém, embora a magistratura efetivamente seja formada a partir de um concurso público⁴⁴, e não de um processo eletivo pretensamente democrático, tal circunstância não retira da sua atividade a base democrática, que se forma não pelo meio como angaria o poder (cargo), mas pelas características que envolvem a atividade.

Com efeito, a atividade jurisdicional propriamente dita é prestada, inevitavelmente, no seio de um processo, mecanismo pelo qual a parte exerce o seu direito de ação (princípio dispositivo), o qual goza de prerrogativas, congregadas no que se convencionou denominar devido processo legal (formal).

Dentre essas prerrogativas, está o contraditório, princípio segundo o qual as partes devem ter ciência, e o direito de se pronunciar, a respeito de todas as afirmações e provas produzidas pela parte contrária.

Assim, a atividade jurisdicional e, em conseqüência, a criação do direito pelo Judiciário, quando ela implicar essa conseqüência, é realizada com a participação das partes afetadas, as quais terão amplas oportunidades para manifestar os fundamentos nos quais sustentam a sua pretensão, o que lhe confere legitimidade.

Ademais, é de incontroversa notoriedade que o acesso às vias jurisdicionais, embora ainda tenha seus obstáculos, é mais fácil a determinados grupos sociais marginais do que o acesso ao poder político, o qual exige uma organização e, normalmente, um fortalecimento econômico dos grupos para alcançar o poder.

Portanto, a via jurisdicional é dotada de uma representatividade, pois aceita os excluídos do processo político, tratando-o de forma igualitária com qualquer outro contendor.

⁴⁴ E aqui o exame se restringe à legitimidade dos juízes vinculados ao sistema do "civil law".

Ao tratar do assunto, assevera Martin Shapiro:

“São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes ‘políticos’, que a Corte pode melhor servir (...) Enquanto, efetivamente, são essencialmente políticos os poderes da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os *procedimentos* da Corte, pelo contrário, são judiciais. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório (“*adversary*”) entre as duas partes, vistas como indivíduos iguais; dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável de parte da Corte do que de organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena.”⁴⁵

Esse argumento remete a uma outra ponderação vinculada com a alegada falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário.

Ora, a característica de eletividade do Poder Executivo e Legislativo impõe aos seus agentes a necessidade constante de vinculação e comprometimento com certas camadas da sociedade que lhe dão a base de sustentação.

Desse modo, não se pode qualificá-los, e entenda-se bem que não se pretende fazer qualquer crítica a isso nesse trabalho, como um poder puro e imparcial, de modo que suas preocupações consistiram nas necessidades daqueles a quem estão vinculados, e não da população em geral, o que acaba atribuindo-lhes uma visão parcial da Constituição Federal, apenas naquela parte que interessa.

Embora temerária a afirmação, parece que a imparcialidade do Poder Judiciário⁴⁶, e a sua preocupação, de modo igualitário, com todos os segmentos que

⁴⁵ SHAPIRO, Martin apud CAPELLETTI, Mauro. Ob. cit. p. 99.

⁴⁶ “Parece lícito argüir que nessas áreas os juízes seriam menos vulneráveis tanto às pressões da genérica demagogia eleitora de caça aos votos, quanto às prioridades mais específicas e concretas,

batem à sua porta, impute-lhe maior legitimidade do que o caráter eletivo atribui aos Poderes Executivo e Legislativo.

De fato, a preocupação única com a Constituição Federal, a partir do cumprimento de seus programas e o respeito aos seus princípios, os quais representam os objetivos e sentimentos da população, indene de dúvidas, extirpa qualquer dúvidas a respeito da legitimidade democrática da construção da norma e de sua verificação, pelo Poder Judiciário, para atender a essas necessidades.

“Induvidosamente, o direito jurisprudencial não é democrático no sentido (formal) que seja posto por meio de solene manifestação de vontade do povo ou de seus representantes livremente eleitos. Ele, contudo, (...) é normalmente dialógico, consentido; e enquanto tal satisfaz a um requisito não desprezível de democracia substancial”.⁴⁷

Por fim, os irrisignados com o descabimento das teses levantadas contra a atividade criativa do juiz, sugerem que este, por ser um profissional extremamente técnico, e ter sua atividade restrita a conflitos concretos de interesse, não tem a real dimensão das necessidades da população, a fim de proceder ao controle da constitucionalidade (por ação ou omissão).

Ora, tal oposição não prevalece, primeiro porque, na atualidade, diversos conflitos têm dimensão coletiva, envolvendo, por vezes, incontáveis cidadãos que estão submetidos à mesma circunstância ali narrada.

impostas pelos interesses locais ou corporativos, às quais, pelo contrário, os políticos encontram-se, às vezes, inexoravelmente ligados” (CAPELLETTI, Mauro. Ob. cit. p. 89).

⁴⁷ LOMBARDI, Luigi apud CAPELLETTI, Mauro. Ob. cit. p. 98.

Não se pode ignorar, ademais, que os pequenos conflitos de interesses submetidos diariamente ao crivo do Juiz lhe dão a exata compreensão do que se passa a sua volta, pois, como dito, atuará nos demais diversos ramos da sociedade, e com as mais diversificadas pessoas.

Por fim, impossível imaginar que o Juiz seja um cidadão alienado do mundo, fechado em seu gabinete decidindo as suas causas sem respirar de ares comuns, aliás, pelo contrário, o perfil do juiz que se forma, e que se espera no futuro, é um juiz participativo, atento às circunstâncias políticas, econômicas e sociais em que está envolto, principalmente, o território de sua jurisdição.

Em conclusão inarredável, não subsistem quaisquer das ponderações elencadas para sustentar uma inexistente falta de legitimidade democrática do juiz para, no caso concreto, construir a norma de direito de que o legislador olvidou, atualizar a existente se já ultrapassada, tudo para atender e cumprir os programas consagrados na Constituição Federal, pois, somente assim, estará prestando adequada jurisdição e fazendo justiça.

5 CONCLUSÃO

Como se viu, o estágio atual da sociedade não permite mais uma atividade jurisdicional estática, desvinculada dos ideais de justiça e do modelo de Estado Pós-Constitucional que se constrói, e força o abandono das amarras da legalidade, para a primazia do atendimento dos ideais consagrados por uma população em sua Constituição.

E, essa atividade, mais do que a qualquer outro agente, caberá ao Juiz, o qual deverá permanentemente, no exercício de seu mister constitucional, proceder à fiscalização das leis que compõe o ordenamento jurídico, e de que se vale diariamente para exercício de sua atividade, e dos comportamentos descritos nos processos, como questões prejudiciais do julgamento.

As críticas que se opõem a esse novo modelo não merecem prevalecer, pois a verificação da legalidade e da adequação dos comportamentos ao padrão esperado pela sociedade compõe a tarefa diária do julgador, cuja legitimidade democrática, então, decorre não do processo de escolha desses agentes (juízes), mas sim dos princípios e dos ideais que regem a sua atividade.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHARDT, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**, 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1998. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil: uma visão crítica**. Curitiba: Juruá, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição**. 14ª ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DORNELES, Leandro do Amaral D. de. **Constitucionalismo: da visão moderna à perspectiva pós-moderna**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=86> – acessado em 25/10/2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, volume 1: Teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional, tomo II**. Coimbra: Coimbra editora limitada, 1991.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo, 23^a ed., rev. e atual.** São Paulo: Editora Malheiros, 2004.