

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

DENIS SOARES FRANÇA

**FILTRAGEM DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE
DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS:
reflexo de uma dinâmica ampliativa dos direitos e garantias fundamentais**

JUIZ DE FORA
2010

DENIS SOARES FRANÇA

**FILTRAGEM DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE
DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS:
reflexo de uma dinâmica ampliativa dos direitos e garantias fundamentais**

Monografia de conclusão de Curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de concentração em Direito Constitucional, como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. MUSSIO MOURA SOARES.

JUIZ DE FORA

2010

DENIS SOARES FRANÇA

**FILTRAGEM DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE
DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS:
reflexo de uma dinâmica ampliativa dos direitos e garantias fundamentais**

Monografia de conclusão de Curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de concentração em Direito Constitucional, como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel em Direito e APROVADA pela seguinte Banca Examinadora:

Prof. MUSSIO MOURA SOARES – Orientador

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. FREDERICO AUGUSTO D'AVILA RIANI

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. RENATO CHAVES FERREIRA

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

JUIZ DE FORA

02 de Dezembro de 2010

Este trabalho é dedicado a quantos souberam morrer pela defesa de seus ideais e convicções, quando lastreados pelo bem e pela justiça, impulsionando os sobreviventes de um mundo marcadamente incoerente a refletirem sobre a extensão da vida.

Em especial a Sócrates, Thomas More e, por todos, Jesus.

AGRADECIMENTOS

Numa vida de incessante aprendizado, cabe lembrar todos os que estão ou estiveram à volta, visíveis ou invisíveis, na condição de amigos ou desafetos, desfrutando de intimidade ou figurando anonimamente, situados na nossa lembrança ou já enevoados pelo passar do tempo. Nominá-los é, portanto, impossível.

E as pessoas que assumem ao nosso redor a condição de indispensáveis, por sua vez, bem o sabem ou, se não o souberem, a proposta de fazer com que o sintam se apresenta como desafio a ser abraçado com ânimo e como tarefa mais relevante do que qualquer menção em páginas.

Por tudo isso, formulo meus agradecimentos por meio da lembrança das instituições que reputo fundamentais no curso dessa caminhada, e que de alguma maneira representam o que de mais caro angariei nessa jornada simples:

À minha família;

Ao Grupo da Fraternidade Irmã Ló;

Ao Movimento da Fraternidade;

Ao Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais – CEFET-MG;

À Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG;

À Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF;

Ao Ministério Público da União.

Em cada um desses agrupamentos encontrei as mais variadas oportunidades de crescimento, aprendizado e incentivo, pelo que em seus nomes estendo o abraço agradecido, e muitas vezes saudoso, de quantos dividiram comigo algo de sua paciência, tempo e dedicação.

“As leis (em Utopia) são em número tão pequeno e não obstante bastam às instituições. O que os utopianos desaprovam especialmente nos outros povos é a quantidade infinita de volumes, leis e comentários, que, apesar de tudo, não são suficientes para garantir a ordem pública. Consideram como injustiça suprema enredar os homens numa infinidade de leis, tão numerosas que se torna impossível conhecer todas, ou tão obscuras que seja impossível compreendê-las.

Não há advogados em Utopia.”

Thomas More

RESUMO

FILTRAGEM DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS: reflexo de uma dinâmica ampliativa dos direitos e garantias fundamentais

O presente trabalho investiga deslindes para o possível surgimento de incompatibilidade entre norma recém incorporada ao texto constitucional, provida da condição de cláusula pétrea em razão de instituir direito ou garantia fundamental, frente a norma constitucional originária não revestida da proteção da insuprimibilidade. A ação do Poder Constituinte reformador, seja por meio da aprovação de Emendas Constitucionais, seja pela incorporação ao ordenamento jurídico de Tratados Internacionais que versem sobre Direitos Humanos com status equivalente ao das normas constitucionais, pode, a qualquer tempo, concretizar a hipótese. Resta, assim, saber se a interpretação, calcada no neoconstitucionalismo, seria capaz de solver todo o tipo de problema semelhante ou se seria necessária medida mais extrema, como a intervenção do Poder Judiciário, efetuando uma filtragem superveniente da constitucionalidade de normas constitucionais originárias, ante o contraste com a novel cláusula pétrea. Para tanto, o presente trabalho foi estruturado de modo a trazer, em seu Capítulo 1, breves comentários sobre as características do poder constituinte e sobre os mecanismos de atualização constitucional. No Capítulo 2, abre-se espaço para a apreciação de teorias que já suscitaram, por fundamento diverso, a realização de um controle de constitucionalidade de normas originárias da constituição e também para a correta distinção de um problema terminológico. A questão central do trabalho, a seu turno, é trazida no Capítulo 3, enquanto no Capítulo 4 é apresentado um caso concreto enquadrado no problema levantado, propiciando à análise o prisma da prática. E, finalmente, são expostas, à guisa de conclusão, reflexões sobre potenciais soluções para o problema teórico formulado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Reforma Constitucional. Controle superveniente de constitucionalidade de normas constitucionais originárias.

ABSTRACT

FILTRATION OF SUPERVENING (UN)CONSTITUTIONALITY OF ORIGINARY CONSTITUTIONAL NORMS: reflection on ampliative dynamic of fundamental guarantees and rights.

This paper investigates discerning points for the possible emergence of incompatibility between norms recently added to the constitutional text, provided by the eternity clause condition on the grounds of instituting fundamental law or guarantee, in the face of the originary constitutional norm not having unsuppressability protection. The action of the constituent reforming power, whether by Constitutional Amendment approval, or by incorporation of judicial order of International Treaties which deal with Human Rights with status equivalent to constitutional norms, can, at any given time, render the hypothesis concrete. It remains to be seen, therefore, if the interpretation, underpinned by neo-constitutionalism, would be capable of resolving any type of similar problem or if a more extreme measure would be necessary, with the intervention of the Judiciary, carrying out a supervening filtration of the constitutionality of originary constitutional norms, in the light of the contrast with the eternity clause. As such, this paper was structured to provide brief commentaries, in chapter one, on the characteristics of the constituent power and on the mechanisms for constitutional updating. In chapter two, there is room for the appreciation of theories that, for several reasons, gave rise to a control of the constitutionality of originary constitutional norms and, also, a correct distinction of a terminological problem. The paper's central question, for its part, is dealt with in chapter three, while chapter four presents a concrete case against the backdrop of the issue raised, thereby lending the analysis a practical dimension. Finally, by way of conclusion, there are reflections on potential solutions for the theoretical problem formulated.

KEYWORDS: Constitutional Law. Constitutional Reform. Supervening control of the constitutionality of originary constitutional norms.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 11 |
| 1 PODER CONSTITUINTE E ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL | 14 |
| 1.1 A tensão entre Poder Constituinte originário e derivado e a necessidade de atualização do texto constitucional | 14 |
| 1.2 Mecanismos de atualização constitucional | 17 |
| 1.2.1 <i>Reforma constitucional</i> | <i>17</i> |
| 1.2.2 <i>Mutação constitucional</i> | <i>18</i> |
| 1.2.3 <i>A incorporação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos com status de Emenda Constitucional</i> | <i>20</i> |
| 2 REFERÊNCIAS DOUTRINÁRIAS À “INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS” E À INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE..... | 23 |
| 2.1 Otto Bachof: normas constitucionais inconstitucionais? | 23 |
| 2.2 Não recepção de normas pelo novo paradigma constitucional: uma questão terminológica | 25 |
| 3 A FILTRAGEM DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS EM RAZÃO DA AMPLIAÇÃO DO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS | 27 |
| 3.1 A (desejável) dinâmica ampliativa de direitos e garantias fundamentais | 27 |

| | | |
|-----|---|-----------|
| 3.2 | A filtragem superveniente de constitucionalidade como hipótese de rearranjo do sistema | 28 |
| 4 | CASO PRÁTICO: O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 | 31 |
| | CONCLUSÃO | 37 |
| | REFERÊNCIAS | 40 |

INTRODUÇÃO

Por mais se dedique o jurista às minudências técnicas relativas à boa aplicação do direito, os grandes e basilares temas consubstanciarão sempre o cerne das atenções de quantos estejam interessados na transformação da Ciência Jurídica em mecanismo de pacificação social, voltado para a harmonia da coletividade, e limitador dos arbítrios que se instalam de tempos em tempos, dando vazão aos sentimentos dos déspotas.

Nas últimas décadas, o neoconstitucionalismo redesenhou as estruturas de validação do direito de especial maneira, conferindo ao esquema constitucional o papel de âncora da organização do Estado. Para tanto, revestiu a hermenêutica de teorias garantidoras da irreversibilidade dos direitos fundamentais, marcando-se por princípios e métodos de interpretação tendentes à realização de seu escopo, tudo visando à harmonia do sistema jurídico.

Contudo, e apesar de todas as suas virtudes, nem o moderno constitucionalismo elimina elucubrações às vezes perturbadoras. Destaque-se, por exemplo, a legitimação conferida a certa geração para a realização de escolhas políticas fundamentais, por meio do Poder Constituinte originário. Para subsistir, o sistema confere a si mesmo um ideal de perpetuidade de difícil concretização, e não é por outro motivo que estabelece, o próprio sistema, esquemas evolutivos cuja pretensão é prolongar no tempo sem se tornar ferramenta obsoleta.

O fato é que a dinâmica de reforma e interpretação da Constituição, nos sistemas rígidos, pode criar situações concretas de notável simplicidade, raras vezes de simples solução.

Nessa perspectiva atenta à inevitável, necessária e constante atualização constitucional, pode-se perguntar: o que aconteceria se fosse inserida na Lei Maior

uma norma dotada do status de garantia fundamental – e, por isso, insuprimível do texto – caso a mesma seja tomada por incompatível com algum dispositivo delineado pelo Constituinte originário, porém não revestido da garantia da insuprimibilidade? Estaríamos diante de mera tensão resolúvel na seara interpretativa? Verificar-se-ia simples processo de revogação tácita da norma mais antiga? Ou seria necessário pensar-se, ainda, em outra saída?

Costumam os estudiosos concluir desde logo pela impossibilidade de que uma norma constitucional originária seja considerada inconstitucional, nem que seja sob fundamento lógico-matemático. Com a mesma força, e possivelmente não sem razão, rebate-se qualquer tese indicativa de hierarquia entre as normas constitucionais.

Entretanto, e embora a natureza do presente trabalho não ofereça ensejo a a mais profundo debate sobre tema tão complexo, parece cabível fomentar a reflexão, de aparente importância, e verificar se a análise de constitucionalidade de uma norma constitucional originária é mesmo sempre dispensável. Afinal, o consagrado panorama de crescimento do rol de direitos e garantias fundamentais sinaliza, no mínimo, a necessidade de melhor discutir as adaptações possíveis para um sistema em constante evolução, sendo lícito indagar: será a interpretação sempre capaz de resolver as antinomias e contrariedades surgidas ou será essa convicção, em certas situações, mero reflexo do caráter de crença ou dogma, sobre o qual se assenta o jurista mais com o fito de repugnar qualquer cheque sobre o ordenamento do que convencido por argumentos científicos?

Eis, portanto, a proposta deste trabalho: investigar se a dinâmica ampliadora dos direitos e garantias fundamentais poderá reclamar a efetivação de um controle de constitucionalidade de normas constitucionais originárias, quando estas forem contrastadas com novas normas constitucionais, providas do status de cláusulas pétreas, e tomadas por incompatíveis umas com as outras. Para a hipótese, sugere-se o nome de “controle de constitucionalidade superveniente de normas constitucionais originárias”.

Para o estudo proposto, será tomado por marco teórico o constitucionalismo, ancorado sobre os estudos de J. J. Gomes Canotilho, e seu desenvolvimento sobre os métodos e princípios de interpretação constitucional, possivelmente suficientes para a solução para o problema apresentado.

1 PODER CONSTITUINTE E ATUALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 A tensão entre Poder Constituinte originário e derivado e a necessidade de atualização do texto constitucional

Para o adequado início deste estudo cumpre recobrar, rapidamente, as características mais ressaltantes do Poder Constituinte, originário e derivado, bem como as limitações impostas ao segundo pelo primeiro.

Pode-se dizer que *inicial* ou *inaugural* são expressões reveladoras do aspecto fundamental do Poder Constituinte originário, já que ele não é precedido por nenhuma fonte jurídica e possui por fundamento a norma pressuposta, como idealizado por Hans Kelsen. Conforme anota LENZA (2009, p. 112), tal poder “é aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente”.

Além de inicial, outra peculiaridade do Poder Constituinte originário é digna de menção. Trata-se da compreensão de que, embora inicial e não vinculado a nenhuma norma jurídica precedente, não é ilimitado. CANOTILHO (2003, p. 81), ao responder a última das quatro indagações que formula para tratar da problemática do Poder Constituinte, alerta para aspectos históricos e culturais a serem respeitados na elaboração de uma Constituição, existindo princípios que devem permanecer incólumes, mesmo frente a nova ordem constitucional. No esteio da mesma lição, aduz BARROSO (2009, p. 110):

“É fora de dúvida que o poder constituinte é um fato político, uma força material e social, que não está subordinado ao Direito positivo preexistente. Não se trata, porém, de um poder ilimitado ou incondicionado. Pelo contrário, seu exercício e sua obra são pautados tanto pela realidade fática como pelo Direito, âmbito no qual a dogmática pós-positivista situa os valores civilizatórios, os direitos humanos e a justiça”.

Importante celeuma doutrinária sobre o tema envolve a natureza do Poder Constituinte derivado, se é o próprio Constituinte originário sob outra roupagem ou se é, na verdade, simples poder instituído como os demais poderes do Estado. Com precisão, relata CARVALHO (2008, p. 254 e 255) a divisão da doutrina entre essas duas linhas de pensamento. Um primeiro grupo, que tem por expoente José Afonso da Silva, enxerga no Constituinte derivado verdadeiro Poder Constituinte. Nas palavras do ilustre constitucionalista mineiro (2006, p. 65) “o agente, ou sujeito da reforma, é o poder constituinte originário, que, por este método, atua em segundo grau, de modo indireto (...)”.

De outro lado, um segundo grupo entrevê, nas próprias limitações impostas ao poder reformador, a impossibilidade de que o mesmo seja considerado Poder Constituinte propriamente dito. Essa tese ainda se reforçaria pelo argumento de que, controlado pelo Poder Judiciário, por sua vez instituído pelo Constituinte originário, não poderia o poder reformador ser efetivamente Constituinte, em toda a largueza compreendida no conceito. Frise-se, por fim, que a tal corrente filiam-se, dentre outros, Carlos Ayres Britto e J. J. Gomes Canotilho.

Contudo, e a despeito do viés técnico sobre o qual se funda a discussão referida, a inevitável tensão entre Poder Constituinte originário e derivado conduz a importantes indagações. Afinal, e como é cediço, a Constituição é o documento fundante do Estado, elaborada, quando pela via legítima e democrática, em momento de especial vocação para a definição de elementos da organização estatal e por parte de uma Assembleia Nacional Constituinte. Consequentemente, assume a Lei Fundamental um efeito altamente vinculativo das gerações futuras, às quais seria dado o poder de reforma de apenas parte do texto constitucional.

Portanto, vê-se que a promulgação de uma nova Constituição estabelece um quase dogma. O fulcro maior desse procedimento assenta-se sobre a compreensão de que a passagem do momento revolucionário e inspirador das novas bases institucionais, então constitucionalizadas, poderia levar as sociedades, muitas vezes, a afrouxar o grau de proteção conferido aos direitos e garantias mais relevantes erigidos na Constituição, notadamente aqueles que asseguram aos indivíduos a

proteção contra os arbítrios do poder instituído. Essa limitação, aliás, acaba por concretizar a função política de limitação do Estado assumida pela Constituição, num sentido sociológico.

Mas para além da indagação sobre até qual ponto certa geração possui o direito de vincular as gerações futuras, bem como os eventuais benefícios e prejuízos desse procedimento, o que realmente importa como premissa deste estudo é a constatação de que a evolução da sociedade pode levar o texto constitucional a figurar fora de seu tempo, se não houver mecanismos hábeis de atualização de seu texto e significado. Não sendo assim, será iminente o risco de o direito se divorciar da realidade social, perdendo ao menos parte de sua utilidade concreta. E, não é demais lembrar, o próprio paradigma da modernidade serve de fundo a preocupação mais aguda nesse sentido, posto tratar-se a modernidade de catalisador das transformações sociais, como bem asseverou Marshall Berman. É o turbilhão da modernidade, no qual tudo se modifica com velocidade, bem definido pela célebre frase de Karl Marx, que dá título à obra de Berman: “Tudo o que é sólido desmancha no ar” (BERMAN, 1986).

Todo a reflexão, a propósito, é bem ilustrada pelo seguinte excerto, da lavra de Cármen Lúcia Antunes Rocha (2004, p. 147 e 148):

“As pessoas mudam, as ideias mudam, mudam as coisas, não poderia o Direito servir aos primeiros sem dar a permitir-se igualmente mudar. Mas o mudar do Direito faz-se de modo sistêmico e previamente definido, a fim de que o sentido, a ideia, a ideologia e o modelo de Justiça adotado não se façam segundo emoções populares momentâneas e que – como próprio a todas as emoções – são inconstantes, efêmeras, quando não passageiras de uma agonia precária.

(...)

Porque em construção permanente a obra constitucional e, em especial, a sua forma de mudar é questão que se põe como preocupação fundamental do Direito.”

Cabe, agora, verificar os mecanismos atualmente disponíveis para que a Constituição se atualize, sem que seja necessário refundar o Estado e elaborar uma

nova Constituição, permitindo ao direito acompanhar a evolução da sociedade.

1.2 Mecanismos de atualização constitucional

1.2.1 Reforma constitucional

A primeira e mais tradicional maneira de responder ao problema da atualização das constituições é a reforma constitucional. Embora limitada pela inigualável força conferida apenas à geração Constituinte, têm as demais gerações a alternativa de modificar boa parte da Constituição, por meio de um processo legislativo mais solene e dificultoso. A exceção à regra da modificabilidade do texto original fica por conta de “um núcleo”, ordinariamente denominado pela doutrina de “cláusulas pétreas”, limitador de certas reformas e positivado, em nossa Constituição, da seguinte maneira:

“Art. 60. (omissis)

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Nesse ponto, é de se ressaltar a atenta observação feita por MAGALHÃES (2002, p. 83), ao tratar desse núcleo dito intangível da Constituição. Adverte o ilustre constitucionalista:

“Não acreditamos que essa terminologia (cláusula pétrea) seja a mais adequada para nomear as limitações materiais do poder de reforma na atual Constituição, uma vez que não estamos nos referindo a cláusulas imutáveis, mas sim a cláusulas não modificáveis em certo sentido”.

O alerta é da maior importância, porque a modificação em certo sentido, assim pelo autor bem referida, demonstra que tais cláusulas não podem ser

reduzidas em sua essência, mas podem ser ampliadas, tema incontroverso na doutrina constitucional. Quem sabe, então, melhor seria nominá-las “cláusulas irreduzíveis” ou “núcleo insuprimível”, de maneira a melhor elucidar sua característica ressaltante, relacionada à vedação do retrocesso, o que não corresponde a uma imutabilidade de seu conteúdo.

Aponta a doutrina, também, a existência de vedações implícitas à alteração da Constituição. Segundo Nelson de Sousa Sampaio, citado por CARVALHO (2008, p. 257), as vedações implícitas são as respeitantes ao próprio sistema de alteração da Constituição, pois se ao constituinte reformador fosse dada a possibilidade de tornar mais simples ou abrangente o processo de reforma, de nada valeria a dicotomia posta entre ele e o constituinte originário.

1.2.2 Mutação constitucional

Enquanto o processo de Emenda produz alterações visíveis, palpáveis e expressas da Constituição, o fenômeno chamado “mutação constitucional” traduz situações em que a interpretação constrói diferentes entendimentos sobre determinada norma, ao longo do tempo.

O processo é natural e inevitável, pois sendo a atividade interpretativa instruída por aspectos históricos, políticos, sociológicos etc, o decurso do tempo pode alterar os sentidos assumidos pelas normas, conforme se modifica a visão dos exegetas. Melhor comprovação disso não há do que o fato de os tribunais editarem súmulas, fixando jurisprudência reiterada e, tempos depois, revogá-las. Nas sempre lúcidas palavras de LENZA (2009, p. 90), “As mutações constitucionais, portanto, exteriorizam o caráter dinâmico e de prospecção das normas jurídicas, através de processos informais”.

Mas a atividade interpretativa do direito em geral não se dá sem critérios. E tais critérios são ainda mais bem desenvolvidos quando se trata da interpretação constitucional, sendo certo que para se chegar ao ponto da mutação constitucional

muito deve ser trilhado na seara hermenêutica.

Existem, assim, princípios e métodos de interpretação constitucional muito bem sistematizados pela doutrina de J. J. Gomes Canotilho. Servem de base à quase totalidade dos constitucionalistas brasileiros, em importante síntese da evolução hermenêutica, em sede constitucional, muito avançada em relação ao método jurídico ou clássico de interpretação.

Não sendo o caso de esmiuçar cada um dos tão conhecidos princípios e métodos de interpretação constitucional, cabe apenas referir aqueles cujo entendimento parece mais importante para a reflexão proposta nesse trabalho, ainda que de maneira superficial. Vejamos, pois, os três princípios que nesse sentido se destacam.

O primeiro é o da “unidade da constituição”, que segundo CANOTILHO (2004, p. 1223), “quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas”. Já o princípio da “máxima eficiência” é definido pelo ilustre constitucionalista português nos seguintes termos: “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê” (idem, p. 1224). E o princípio da “concordância prática ou harmonização” “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros” (idem, p.1225).

Temos, portanto, no fenômeno da mutação constitucional, importante alternativa para que o texto da Lei Maior acompanhe a sociedade por meio da alteração de seus significados, independentemente, portanto, de qualquer modificação expressa, e processando-se com a segurança dos rigorosos princípios interpretativos do direito constitucional.

1.2.3 A incorporação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos com status de Emenda Constitucional

A doutrina tradicionalmente aponta apenas a reforma e a mutação constitucional como maneiras de alteração da Constituição, entendida a reforma como o processo resultante das Emendas Constitucionais e sem deixar de citar, é claro, o já superado, em nosso ordenamento, processo de revisão constitucional. Contudo, e como se passará a demonstrar, tudo indica que doravante será necessário se referir a uma terceira maneira pela qual podem ser processadas alterações constitucionais, em que pese possa ser considerada uma espécie do gênero reforma constitucional. Vejamo-la.

Em sua redação original, a Constituição prevê o seguinte:

“Art. 5º *Omissis*

(...)

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Houve por bem o constituinte reformador ousar ainda mais nesse sentido, por meio da Emenda Constitucional n.º 45. Com ela inseriu, também no art. 5º da Constituição, a previsão, insculpida no §3º, de que Tratados Internacionais de Direitos Humanos podem ser incorporados ao nosso ordenamento com o status de norma constitucional, desde que aprovados pelo Congresso Nacional na forma especial que estabelece.

Quanto à forma de aprovação, pouco diverge tal procedimento daquele estabelecido para as Emendas Constitucionais, pois exige-se o mesmo quórum qualificado. Diferença substancial, contudo, se apresenta na prática. É que enquanto uma Emenda à Constituição é discutida internamente à exaustão, sobre texto conhecido de todos os que labutam em seu aperfeiçoamento e elaborado conforme a tradição jurídica brasileira, aderindo à Constituição de maneira pontual, objetiva, e resultando em modificações expressas, os Tratados Internacionais aprovados e

considerados equivalentes às Emendas Constitucionais provavelmente assumirão características bem diferentes.

Talvez a mais notável dessas novas características seja a de caber ao intérprete constitucional, agora, o conhecimento de textos novos, e inteiramente revestidos da característica da insuprimibilidade, posto que alcançados pela vedação à abolição de direitos e garantias fundamentais, pela própria natureza que possuem. Ao invés, portanto, de uma Emenda que revoga ou altera expressamente determinada norma constitucional, teremos uma exegese muito mais complexa e não mais necessariamente circunscrita a um único texto.

E não é só. A própria estrutura desses tratados costuma ser diferente e até mesmo a forma de incorporação deles à Constituição, do ponto de vista formal, merece ser vista com atenção. Afinal, como surgiriam essas novas normas, já que não se tratam de simples Tratados, mas de dispositivos absorvidos pelo direito interno com o especialíssimo status de constitucionais? Seriam incorporados na forma de anexos? Apêndices? Será necessário que o Congresso Nacional edite uma lei para dispor sobre isso?

Tudo indica que os operadores do direito, ao menos em sua maioria, ainda não assimilaram a importância da alteração promovida em 2004. Afinal, em 25 de agosto de 2009 veio a lume o decreto nº 6.949, da Presidência da República, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, e cuja aprovação parlamentar se deu na forma especial que o tornou equivalente às Emendas Constitucionais. Foi a primeira, e até agora única, aprovação de um Tratado Internacional com força de Emenda Constitucional. Entretanto, rápida consulta permite perceber que, mesmo passado mais de um ano, as principais editoras dos famosos “Vade Mecum” não incluíram esse Tratado, agora ocupante do topo do ordenamento jurídico, em seus volumes.

Que novos desafios, então, permearão a atuação do intérprete da Constituição? Qual será a solução quando houver dispositivos incompatíveis entre

os Tratados e a Constituição? Como lidar com alterações não expressas, a exigir extensa acuidade no exame dos direitos e garantias constitucionais?

Não seria demais supor que o estudo do Direito Constitucional e sua atividade hermenêutica podem se transformar, em 20 ou 30 anos, em algo bastante diferente do que conhecemos hoje, em termos práticos, caso o Congresso continue se valendo do expediente em comento. E, conforme se buscará demonstrar no momento oportuno, essa reflexão sobre as possíveis alterações na dinâmica de atualização constitucional serão muito relevantes para a indagação formulada neste estudo.

Antes de prosseguir, cumpre destacar que abalizada doutrina já tratou do impacto jurídico causado pelos Tratados Internacionais que versem sobre direitos humanos no ordenamento brasileiro. Para PIOVESAN (2010, p. 97):

“(...) considerando a hierarquia constitucional desses tratados, três hipóteses poderão ocorrer. O direito enunciado no tratado internacional poderá: a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos); b) integrar, complementar e ampliar o universo de direitos constitucionalmente previstos; ou c) contrariar preceito do Direito interno”.

A distinção é muito importante, devendo-se asseverar que a hipótese investigada neste trabalho se identifica com a última situação delineada pela autora citada, sendo que o preceito do direito interno contrariado seria de ordem constitucional e não albergaria espécie componente do núcleo dos direitos fundamentais.

2 REFERÊNCIAS DOUTRINÁRIAS À “INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS” E À “INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE”

Há na doutrina referências sobre a “inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias” e sobre “inconstitucionalidade superveniente”. Tratam-se, contudo, de hipóteses em tudo diversas da aqui discutida. Portanto, cabe tecer breves elucidações sobre ambas, a fim de que fiquem bem marcadas as distinções.

2.1 Otto Bachof: normas constitucionais inconstitucionais?

Em 1954, o jurista alemão Otto Bachof proferiu uma aula inaugural, posteriormente publicada, intitulada “Normas constitucionais inconstitucionais?”. Nela, defendia a possibilidade de as normas de uma Constituição serem consideradas inconstitucionais quando conflitantes com conquistas históricas daquela sociedade, sobretudo no campo dos direitos humanos.

O panorama das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial foi o fio condutor da tese. Na própria Alemanha, sob o escudo do direito posto e legítimo, recrudescer o ódio racial. Por isso, o brilhante pensador desenvolveu essa teoria, segundo a qual existiria certo núcleo de garantias e direitos fundamentais intangível até mesmo pelo Poder Constituinte, o que é até condizente com o entendimento atualmente predominante e já referido, indicativo de que tal poder não é ilimitado.

Mas a novidade proposta por Bachof vislumbrava a efetivação de um controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Tribunal Constitucional alemão, declarando inconstitucionais os dispositivos da Constituição tomados por ofensivos a esse núcleo intangível.

Cumprir registrar que a proposta do jurista alemão acaba por reverberar na antiga dicotomia existente entre jusnaturalismo e juspositivismo. Para os adeptos da primeira corrente, existiria um Direito Natural para o qual caminham as sociedades, preexistente e a ser “descoberto” com o desenvolvimento humano. No outro extremo, defendem os juspositivistas a inexistência de um núcleo natural de direitos, sendo a conquista dos mesmos pautada na construção gradual e agregadora deles, num processo precipuamente histórico.

Contudo, pode-se dizer que dois fatores contribuíram sobremaneira para que tal dicotomia perdesse atualmente em grande parte o sentido, ao menos do ponto de vista prático. De um lado, e seguindo as lições de Kelsen, o direito encontrou no positivismo, ao perseguir um propósito científico que melhor estruturasse seu estabelecimento, a maneira mais segura de se refundar como ciência, evitando as discussões sobre a existência ou não de um direito natural, para se apegar à base posta e segura do direito posto.

Não bastasse, as conquistas a que as sociedades – e aqui se fala de nossa tradição ocidental – foram se forçando, sistematizadas pela doutrina sob o nome de gerações ou dimensões de direitos, de tal maneira aproximaram o núcleo inequívoco dos direitos ditos naturais daqueles outros positivados à conta de fundamentais, que a relevância prática da discussão sobre a origem desses direitos praticamente sossobrou.

Deve-se esclarecer, contudo, que o controle de constitucionalidade na forma proposta por Bachof, fundado nesse cotejo entre as normas constitucionais positivadas e os direitos fundamentais preexistentes, seja numa perspectiva histórica ou noutra calcada num direito natural, costuma ser, sem rodeios, rejeitado pela doutrina.

E não é difícil compreender a repulsa dos juristas pela teoria de Bachof. Afinal, entregar o controle de constitucionalidade a uma pauta de valores superiores aos plasmados pelo próprio ordenamento jurídico, não definidos de maneira expressa e inequívoca seria, no mínimo, um retrocesso no aspecto científico do

Direito. Além disso, e aqui faz-se menção às características dos Poderes Constituintes originário e derivado, seria de todo ilógico que um poder posto, o Judiciário, limitasse a atuação de seu instituidor, sua origem, que é o Poder Constituinte originário.

Assim, parece a doutrina constitucional ter assimilado, por mais condizente com a proposta constituinte, a percepção de que a construção de um novo ordenamento não se dá segregada das conquistas históricas dos direitos, triunfando a ideia de limitação do Poder Constituinte. Nem por isso, contudo, seria necessário um controle da Constituição por um poder posto, cabendo à hermenêutica a validação dos processos constitucionais e o papel de impedir que os textos jurídicos sirvam de veículo para o cometimento de atrocidades por meio da deturpação do conteúdo das normas.

2.2 Não recepção de normas pelo novo paradigma constitucional: uma questão terminológica

Nesse ponto cabe, apenas para afastar qualquer possibilidade de confusão terminológica, analisar aquilo o que abalizada doutrina já chamou de “inconstitucionalidade superveniente”.

A situação é absolutamente diversa do tema deste trabalho, e cuida da maneira de incorporação ou não, por parte de uma nova ordem constitucional, de normas produzidas sob o império de Constituição anterior.

O tema é pacificado e já foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme informa LENZA (2009, p. 122 e 123). A norma anterior simplesmente será considerada recepcionada ou não pelo novo ordenamento constitucional, conforme seja ou não compatível com o mesmo. Não há, portanto, que se falar em inconstitucionalidade superveniente de uma norma anterior, sendo a superveniência aqui representada pela entrada em vigor da nova Constituição.

Portanto, a expressão “inconstitucionalidade superveniente”, algumas vezes localizada na doutrina, costuma se referir a fenômeno em tudo diverso do suscitado no presente trabalho, pretendendo-se demonstrar, desde logo, que a semelhança terminológica adotada em nada identifica as questões.

3 A FILTRAGEM DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIGINÁRIAS EM RAZÃO DA AMPLIAÇÃO DO ROL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

3.1 A (desejável) dinâmica ampliadora de direitos e garantias fundamentais

Conforme já destacado, a alteração constitucional possui, no ordenamento brasileiro atual, dois mecanismos tradicionais para se concretizar: a promulgação de Emendas e a mutação constitucional. Mais recentemente, surgiu a aprovação qualificada dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos como nova ferramenta destinada ao mesmo fim. Temos, assim, que tanto o primeiro quanto o último mecanismos podem agregar, revogar ou alterar as mais diversas previsões constitucionais, inovando no direito, tudo nos limites previstos pelo Constituinte originário.

É por essa dinâmica que pode ocorrer o acréscimo de um direito fundamental à Constituição, como já foi feito tantas vezes. A recorrência de tal prática, aliás, figura como indicativo da maturidade do ordenamento jurídico, referendada pela preocupação de formalizar a irretroatividade de determinadas conquistas, o que é feito com o cerceamento à possibilidade de abolição das escolhas mais caras efetuadas na carta política.

Destaca-se nesse aspecto, portanto, o campo dos direitos e garantias fundamentais, por necessitar e possuir dinâmica inequivocamente crescente. Enquanto as garantias que preservam a separação dos Poderes, por exemplo, requerem do intérprete a verificação sobre o ataque, direto ou indireto, a institutos já bem delineados do ponto de vista teórico, os direitos fundamentais, alentados pela constante ampliação, assumem especial situação em sua – quem sabe infinita – possibilidade de fortalecimento de seu conteúdo.

Perceber, assim, o desejável crescimento do rol de direitos e garantias

fundamentais é vislumbrar a Constituição como documento vivo e em pleno desenvolvimento, cujo objetivo é aperfeiçoar-se constantemente, em busca de melhor servir à sociedade.

3.2 A filtragem superveniente de constitucionalidade como hipótese de rearranjo do sistema

Ainda antes de adentrarmos no núcleo deste trabalho, cabe colher importante posição doutrinária sobre os critérios clássicos utilizados para a resolução de conflitos normativos, em âmbito constitucional.

SARMENTO (2003, p. 40), em capítulo sobre o tema, apresenta, à guisa de conclusão de seus estudos, o seguinte raciocínio:

“Enfim, observa-se que os critérios cronológico, de especialidade e hierárquico não são suficientes para a solução das tensões entre normas constitucionais. Tais questões desafiam o uso de método mais dinâmico e flexível, que possa dar conta das infinitas variáveis fáticas que estes conflitos podem ostentar.

Concordamos com o ilustre autor, que chegou a essa conclusão não sem antes analisar tanto os critérios clássicos de interpretação, como também as teorias sobre hierarquia constitucional, demonstrando as fragilidades de cada uma delas.

Cabe registrar, ainda, que não restam dúvidas sobre a possibilidade de as Emendas Constitucionais poderem sofrer o crivo do controle de constitucionalidade, como já fez algumas vezes o Supremo Tribunal Federal. O processo é muito natural e está previsto na própria Constituição, pois é como se houvesse um embate entre o Constituinte originário e o derivado, sendo absolutamente possível, e até necessário, a extirpação do sistema de Emenda desrespeitadora das premissas estatuídas pelo Constituinte originário.

Mas e o contrário, seria possível? Ou seja, será que uma vez regularmente

incorporado ao texto constitucional, um novo direito ou garantia protegido pelo status de fundamental poderia tornar inconstitucional uma norma originária da Constituição?

Eis o cerne do debate deste estudo: procura-se saber se sobrevindo nova disposição constitucional ou a ela equivalente, instituidora de direito ou garantia fundamental, e existindo tensão entre esta e outra norma constitucional, posta pelo Constituinte originário, será a atividade interpretativa sempre capaz de harmonizá-las.

Ou, dito de outra forma: se é permitido ao Constituinte reformador acrescentar normas constitucionais pétreas ou, na nomenclatura proposta, “cláusulas irredutíveis”, será que tais direitos e garantias constitucionais, uma vez incorporados ao ordenamento, dispensarão em qualquer caso o controle de constitucionalidade de normas originárias da Constituição como forma de melhor acomodar o sistema?

É bem possível que os princípios e métodos de interpretação constitucional sejam hábeis para elucidar possíveis problemas nesse sentido. Mas é de se reconhecer que mesmo sendo as normas constitucionais geralmente dotadas de significativo conteúdo axiológico, não é desarrazoado supor que a incorporação de um direito fundamental esvazie, por completo, qualquer possibilidade de validação de outra norma com tal conteúdo conflitante. E, se isso ocorrer, é preciso verificar se estaria o Supremo Tribunal Federal impedido de declarar a inconstitucionalidade daquela norma inicial, em tudo menos perfeita e adequada ao sistema, posto sua flagrante contradição com o aperfeiçoamento do sistema constitucional.

Ora, o que se quer supor é que, em algum caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma constitucional originária pode ser solução muito mais prática e consentânea com os objetivos do direito constitucional, caso a magnitude do conflito com outra norma constitucional o justifique, pois pode ser que nem sempre a hermenêutica solucione esse tipo de problema da melhor maneira.

Lembremos, portanto, os três princípios de interpretação referidos no item 1.2.2 deste trabalho. Será que se estivermos diante do conflito entre um valor fundamental, absorvido pelo direito na forma de norma constitucional, e uma norma originária de estruturação do Estado, por exemplo, seria possível aplicar os princípios da “unidade da constituição”, da “máxima eficiência” ou da “concordância prática”? Parece que nem todos os dispositivos constitucionais são dotados de relevante carga axiológica que permita o cotejo de proporcionalidade conducente a oferecer o menor sacrifício possível de cada um, sendo plausível imaginar a necessidade do sacrifício total e definitivo de alguma delas.

Duas forças se opõem: uma, a força peculiar de um direito fundamental; outra, revestida da legitimidade conferida apenas ao Poder Constituinte originário.

Parecendo bem posta a questão do ponto de vista teórico, apresenta-se um problema prático a seguir, permissivo de uma conclusão pautada nos estudos teóricos mas, também, com o viço de um problema real de vigoroso relevo.

4.CASO PRÁTICO: O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Estatuído pelo Constituinte reformador com a inserção do inciso LXXVIII no art. 5º, o direito à *razoável duração do processo* assume, tanto por seu conteúdo, quanto por sua localização topográfica, o status de direito fundamental, assim redigido em nossa Carta Magna: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” Vê-se o caráter programático na norma, estabelecadora de princípio com forte conteúdo axiológico a ser perseguido.

Vale mencionar que LENZA (2009, p. 724 e 725) elaborou interessante rol em que lista uma série de leis promulgadas após o acréscimo dessa previsão constitucional, demonstrando a busca do legislador por implementar os meios garantidores da celeridade de tramitação dos processos, conferindo maior grau de aplicabilidade à norma.

Mas não é apenas a ação do legislador ordinário que busca concretizar tal orientação. Ao lado de outras alterações efetivadas pela Emenda Constitucional n.º 45, uma se destaca na condição de corolário do direito fundamental à razoável duração do processo. Trata-se do inciso XIII, acrescentado ao artigo 93 da Carta Magna, revelador de princípio a ser observado na elaboração da Lei Complementar que disponha sobre o estatuto da magistratura, e assim redigido: “O número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população”.

Visualiza-se no dispositivo uma das mais relevantes medidas de efetivação da razoável duração do processo, o que parece revesti-la da condição de garantia fundamental. Trata-se, portanto, de nova norma constitucional protegida pela característica da insuprimibilidade.

Nesse ponto do exemplo cabe, contudo, reclamar do leitor eventualmente discordante do status de garantia fundamental vislumbrado para a novel norma do artigo 93 da Constituição que, num esforço teórico, apenas suponha ter sido tal norma incluída no art. 5º da Lei Maior. A situação é absolutamente plausível e afastaria qualquer dúvida sobre tratar-se ou não de uma garantia fundamental, permitindo o avanço da reflexão. E não é só. Pode-se imaginar, também, que um Tratado Internacional de Direitos Humanos poderia ter sido aprovado com força de Emenda Constitucional contendo tal previsão, o que não seria nada improvável de ocorrer. De uma forma ou de outra, essa ilação será importante para a continuidade do exemplo construído, para quantos eventualmente não concordarem com o caráter de garantia fundamental imaginado para a norma em comento.

Prosseguindo, assim, percebe-se na previsão constitucional sobre a proporcionalidade entre o número de julgadores na unidade jurisdicional, de um lado, e o número de processos e a população sujeita à jurisdição de cada órgão, de outro lado, instrumento pelo qual a tão clamada celeridade processual poderia ser melhor concretizada, por dispositivo insuprimível da Constituição.

Passemos, então, à explicitação do caso prático sugerido.

A Carta Republicana de 1988, ao formular a organização da Justiça Eleitoral, prevê de maneira diversa a composição do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais, para o que chamamos a atenção. Relembremos os dispositivos, com grifos inexistentes no original:

“Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, **no mínimo**, de sete membros, escolhidos:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

a) três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;

b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça;

II - por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o Corregedor Eleitoral dentre os Ministros do

Superior Tribunal de Justiça.

Art. 120. Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na Capital de cada Estado e no Distrito Federal.

§ 1º - Os Tribunais Regionais Eleitorais **compor-se-ão**:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

a) de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça;

b) de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça;

II - de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na Capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo;

III - por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

A sutil diferença na redação parece tornar o dispositivo que se refere ao número de membros do Tribunal Superior Eleitoral consentâneo com a medida de proporcionalidade estatuída entre o número de julgadores e a demanda processual, ao definir que este Tribunal será composto de “no mínimo” sete juízes.

Já a redação do artigo 120 estabelece uma composição estanque, segundo a qual cada Tribunal Regional Eleitoral é necessariamente composto por sete julgadores, escolhidos na forma estabelecida. Nem mais, nem menos.

Dadas essas considerações, pergunta-se: poder-se-ia pensar na ampliação do número de juízes num dado Tribunal Regional Eleitoral, mesmo a Constituição definindo que deverá ser composto por sete julgadores? Ou estaria a disposição expressa do texto constitucional em flagrante conflito com o seu próprio sistema?

O problema não é inútil, principalmente se observarmos a uniformidade da regra em anteposição às colossais diferenças observadas entre as unidades da federação. Por exemplo extremo, tomem-se os Estados de São paulo, com população de mais de 41.384.000 habitantes, e o Estado de Roraima, que possui pouco mais de 421.000 habitantes, segundo o IBGE (2010). Ou seja, a população de São Paulo é quase 100 vezes maior que a de Roraima. E isso repercute, por

exemplo, no número de candidaturas a serem registradas para o processo eleitoral. Porém, ambas Unidades da Federação contam com o mesmo número de julgadores para uma infinidade de questões eleitorais, incluindo-se aí assuntos cuja competência desses Tribunais é originária.

Será que o rígido número de sete julgadores para uma e outra realidade é constitucional, na medida em que se revela flagrantemente incompatível com o direito à razoável duração do processo? Impende, aliás, ressaltar que não são desconhecido dos militantes da área jurídica os expedientes arriscados e ilegais muitas vezes utilizados, na prática, para contornar o problema da desproporcionalidade de julgadores. Um desses expedientes, quem sabe dos mais graves, é o da excessiva utilização de estagiários, muitas vezes sem acompanhamento adequado. De uma maneira ou de outra, é inevitável supor, quando se comparam as realidades de Roraima e de São Paulo, que de duas uma: ou os julgadores dos Estados com maior demanda delegam expressiva parte de suas funções jurisdicionais privativas a assessores e estagiários, ou os julgadores dos Estados com menores demandas ficam ociosos em parte do tempo; ou, quem sabe, as duas coisas.

Parece possível, então, sugerir que as circunstâncias práticas poderiam requerer alteração da previsão constitucional. Isso poderia se dar por meio de Emenda Constitucional, já que as disposições relativas à composição dos Tribunais Regionais Eleitorais não compõem cláusula pétrea. Mas cabe indagar: inerte o constituinte derivado, poderia ser promovido o questionamento da constitucionalidade da norma constitucional originária estatuída pelo artigo 120, §1º, por ser contrastante com uma nova garantia fundamental? Primando pela razoável duração do processo, teria o Constituinte tacitamente revogado a determinação de composição estanque dos Tribunais Regionais Eleitorais?

O conflito aventado não parece oferecer espaço para cotejo baseado em “proporcionalidade”, “unidade da constituição” ou qualquer outro princípio interpretativo. E, anote-se, o mais relevante neste ponto não é prever qual seria a melhor maneira de solucionar o caso, mas constatar que, colocado o problema na

forma do exemplo, diagnostica-se a potencial insuficiência dos critérios atuais para a manutenção do equilíbrio do ordenamento jurídico, podendo a extirpação da norma constitucional originária eventualmente apresentar-se como a melhor solução.

Afinal, é bem possível que um simples pronunciamento sobre a constitucionalidade ou não do dispositivo, mesmo que tal hipótese fosse circunscrita ao controle concentrado, poderia resolver a situação. Imagine-se, por exemplo, uma declaração de constitucionalidade com interpretação conforme a Constituição, pronunciando ser a norma instituidora dos tribunais Regionais Eleitorais válida se interpretada em simetria com a previsão de composição do Tribunal Superior Eleitoral, abrindo campo para que Lei Ordinária alterasse a composição do Tribunais Regionais Eleitorais, por exemplo.

Na prática, é verdade, pensar na ampliação do número de membros de um Tribunal Regional Eleitoral ou até mesmo do próprio Tribunal Superior Eleitoral seria bastante complexo. Afinal, o Constituinte não estabeleceu apenas um número de membros, mas indicou a proporcionalidade entre suas origens, ao definir cada uma deles. Portanto, para que fosse mantida a razão de representatividade estabelecida pelo Constituinte originário, seria necessário que os Tribunais Regionais Eleitorais, caso intentassem aumentar suas cadeiras, as elevassem para 14 ou 21 julgadores, de maneira a manter a proporção do número de membros egressos do Tribunal da Justiça, da advocacia e assim por diante.

O que se quer entender é qual seria a solução indicada, por exemplo, pelo Tribunal Regional Eleitoral paulista, caso essa corte se reconhecesse assoberbada por uma quantidade de processos absolutamente incompatível com o seu número de membros. Poderia buscar o aumento de seus julgadores, em que pese a expressa previsão constitucional? Se sim, por quais meios? Quem sabe, poderia fazê-lo invocando a necessidade de adequar seus quadros ao cumprimento do mandamento constitucional da razoável duração do processo, com vistas a conferir melhor eficácia à própria Constituição, embora tal medida pareça muito distante na prática, valendo o pensamento pelo exercício da reflexão. Para tanto, seria afastada a aplicação de um dispositivo constitucional para a salvaguarda de outro com aquele

conflitante, tendo-se constatado a impossibilidade de harmonizá-los. Mas e se a inconstitucionalidade desse procedimento fosse suscitada, por alguma forma, perante o Supremo Tribunal Federal? Poderia esse Tribunal se pronunciar de maneira diferente das até então consideradas pela doutrina?

Parece não ser descabida a possibilidade de a máxima corte brasileira, caso reconhecesse ter o Tribunal Regional Eleitoral agido em favor de melhor proteger os direitos fundamentais, declarar a inconstitucionalidade superveniente do dispositivo que prevê a composição estática de sete julgadores, por incompatível com inovação constitucional cujo teor não pode ser afastado do texto constitucional.

Finalmente, vale suscitar um outro exemplo, relacionado ao problema apresentado, por meio de uma ilação.

Imagine-se que tenha o Congresso Nacional aprovado, com força de Emenda Constitucional, um Tratado Internacional sobre Direitos Humanos, que versasse sobre acesso à justiça. Suponhamos, ainda, que em tal Tratado existisse previsão da necessidade de participação de membros do Ministério Público na composição de todos os Tribunais.

Como se sabe, é justamente para os Tribunais Eleitorais que a Constituição brasileira não prevê a participação de membros egressos do Ministério Público. Qual seria, então, a solução para aplicação de um Tratado – mais que um “simples” Tratado – equivalente a norma constitucional? Como harmonizar normas cujo caráter ontológico só pode admitir a aplicação de uma ou de outra, possuindo uma delas o status de garantia fundamental?

Mais uma vez, parece incipiente a hipótese de, em situações extremas, ser possível considerar o controle de constitucionalidade da norma originária. Ou parece necessário, no mínimo, não afastar de pronto essa possível resposta para problemas do tipo, que podem se avolumar no correr dos próximos anos.

CONCLUSÃO

Este trabalho não foi movido pela vontade irrefletida de defender uma posição. Pela sua própria natureza, tempo de pesquisa e tamanho, seria inteiramente desproporcional sugerir um deslinde para o problema aventado, sobretudo porque calcado, em alguma medida, em hipóteses que talvez apenas o tempo se encarregará de tornar efetivamente reais. Ademais, trata-se de tema demasiadamente controvertido e delicado.

Pretendeu-se insistir, contudo, no aspecto de que uma filtragem de constitucionalidade superveniente de normas constitucionais originárias não deve, *prima facie*, ser repugnada pela doutrina e pela jurisprudência, sobretudo se tal repulsa surgir calcada em argumentos emprestados de situações diferentes, como é o caso daqueles utilizados pelos rebatedores da proposta de Otto Bachof.

Como se procurou demonstrar, é possível argumentar-se no sentido de que, até aqui, o ordenamento talvez não tenha indicado ser necessário instituir qualquer outro mecanismo de rearranjo do sistema com o fito de melhor harmonizá-lo, ante as alterações constitucionais. Talvez tal argumento esteja assistido pela mais absoluta razão.

Mas, talvez, não.

Quem sabe, ao nos depararmos com norma originária da Constituição, cuja alteração seria possível por meio de Emenda Constitucional, inexistiria qualquer óbice em que a mesma fosse considerada inconstitucional, caso tomada por incompatível com texto novo e inarredável. Afinal, o ato originário desse novo texto teria sido produzido por quem poderia legitimamente modificar ou até suprimir a norma expressamente, a saber, o Constituinte reformador. Declarar uma norma inconstitucional, nesse caso, não seria mais do que o pronunciamento, pelo órgão competente, o Poder Judiciário, sobre a operação de revogação tácita da norma

constitucional. Possivelmente, esse controle só poderia ser efetivado pelo Supremo Tribunal Federal que consideraria, no mínimo, a existência de um conflito aparente de normas.

Aparente – é claro – pois, afinal, queremos todos acreditar no dogma de que o ordenamento jurídico é um todo perfeito, sem lacunas ou contradições, cujas aparições serão afastadas pelo devido esforço dos intérpretes no sentido de “colocar cada coisa em seu lugar”, situando-se qualquer eventual inconsistência apenas nos olhos de quem vê. Ou seja, vista de outra forma, a plenitude do ordenamento jurídico pode tratar-se quase de uma questão de fé, pois nem o ceticismo das ciências parece se mostrar capaz de inibir a necessidade de uma crença fundante das razões humanas, impossível que parece o sereno embasamento para todas as respostas.

A hipótese de ver parte da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, declarada inconstitucional parece, ao menos num primeiro momento, incomodar os conhecedores do direito, acostumados aos poderes (quase) irrestritos do Constituinte originário.

Mas, ao nosso ver, parece necessário simplesmente não tomar a possibilidade por “carta fora do baralho”, haja vista que, eventualmente, a admissão desse controle poderia ser a medida menos lesiva à integridade do sistema.

Entrementes, a evolução ampliativa dos direitos e garantias fundamentais, em boa parte devida à marcha aparentemente inevitável de integração da comunidade internacional, plasmada, pouco a pouco, por meio dos Tratados Internacionais, num processo de homogeneização global dos direitos, dá colorido renovado à tese.

É por isso que parece, assim, ser necessário desenvolver, do ponto de vista teórico, uma gama adequada de possibilidades com as quais possam os juristas garantir as melhores possibilidades de efetivação da Constituição. E a tarefa tem exigências das mais diversas. Afinal, instituidora das bases de uma sociedade tão complexa e cheia de necessidades, não pode ser a nossa Carta Magna vista como

mero documento do direito; deve, sim, ser cuidada por todos como instituição viva e em expansão, para que siga se aperfeiçoando, pois é escultura ainda com muito por lapidar, mas que a beleza da pedra original indica valerem à pena todos os esforços em não se perder a atual oportunidade de preservação e desenvolvimento de uma sociedade recém-chegada à sua maioria, para o bem de nós mesmos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de maria Celeste Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2ª ed. Bauru: Edipro, 2003.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Poder Constituinte: o projeto constituinte de uma República**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Quinze anos de Constituição. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade**. Tradução de Carlos Felipe Moisés e Ana Maria L. Ioriatti. 1ª ed. São Paulo: Editora Schwarcz, 1986.

BRASIL. **Decreto n.º 6.949 de 25 de agosto de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm> Acesso em 21 de Novembro de 2010.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estados@**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/estadosat>> Acesso em: 20 de Novembro de 2010.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>> Acesso em 01/10/2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito**. In: CATTONI, Marcelo. Jurisdição e hermenêutica constitucional. 1ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional, Tomo II**. 1ª ed. Belo Horizonte, Mandamentos, 2002.

MORE, Thomas. **Utopia**. 1ª ed. São Paulo: Editora Rideel, 2005.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Reforma total da Constituição: remédio ou suicídio constitucional?** In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Crise e desafios da Constituição. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.