

# CONHECER PARA RECONHECER

## O CONTROLE NORMATIVO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - 2002

Terça-Feira, 7 de Abril de 2020 16:42:38

### ARTIGO

**AUTOR:** Luís Afonso Heck

**PUBLICADO EM:** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 800, ano 91, p. 57-64, junho de 2002

Anexos: 5

## Segunda Seção

### O CONTROLE NORMATIVO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO\*

LUÍS AFONSO HECK

Professor na Ulbra e Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO: 1. *Introdução* – 2. *Apresentação conceitual* – 3. *Desenvolvimento do controle normativo judicial no Brasil* – 4. *A unidade da Constituição* – 5. *Conclusão*.

#### 1. INTRODUÇÃO

Na Constituição Federal, promulgada em 05.10.1988, é perceptível a influência do direito constitucional europeu, sobretudo do alemão, no âmbito do controle normativo. De acordo com o art. 102, *caput*, da CF, o STF recebeu a tarefa de ser o guardião da Constituição. No art. 103, *caput*, da CF, o direito de petição na ação de inconstitucionalidade, que se encontra regulada no art. 102, I, da CF, foi ampliado. O STF também é competente, segundo o art. 103, § 2.º, da CF, para a decisão sobre uma omissão do poder competente relativa à efetivação de norma constitucional. A EC 3, de 17.03.1993, reformulou o art. 102, I, *a*, da CF e introduziu, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de constitucionalidade, que foram reguladas pela Lei 9.868, de 10.11.1999. Com a mesma emenda

(\*) Este artigo é o resultado de uma palestra proferida no dia 29.09.2001, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por ocasião da Jornada Paulo Brossard de Souza Pinto – encontro sul-brasileiro de direito constitucional – organizada pelo Prof. Dr. César Saldanha Souza Junior.

constitucional foi introduzida a possibilidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal, prevista no art. 102, § 1.º, da CF, regulada pela Lei 9.882, de 03.12.1999.

Existem ainda outras possibilidades de controle normativo que, todavia, já estavam, como também a ação de inconstitucionalidade, reguladas nas constituições anteriores. Trata-se do controle difuso,<sup>1</sup> previsto no art. 102, III, da CF, da representação interventiva do Procurador-Geral da República, prevista no art. 36, III, da CF, e do mandado de segurança no art. 102, I, d, da CF, que também pode levar ao controle normativo.

O início do controle normativo judicial no Brasil coincide com o início da República. Justifica-se, por conseguinte, a apresentação de uma visão de conjunto do desenvolvimento do controle normativo (II).<sup>2</sup> Antes, porém, serão analisados alguns conceitos importantes que estão em conexão com esse desenvolvimento (I), depois a atenção será voltada à unidade normativa da Constituição (III), seguindo-se uma conclusão.

## 2. APRESENTAÇÃO CONCEITUAL

No decorrer do tempo foram empregados diversos meios para o exercício do controle normativo. Um desses meios serve para impedir a publicação de leis inconstitucionais. Esse é o caso do chamado controle preventivo. O outro meio está destinado a declarar a inconstitucionalidade da lei publicada, o que tem como consequência a sua não-aplicação. Neste caso, fala-se de controle repressivo.

O controle preventivo pode ser realizado por um órgão político ou judicial. A primeira forma encontra-se na Constituição francesa do ano VIII (1799), segundo a qual o Senado era competente para o controle preventivo. A outra forma foi introduzida na Constituição austríaca por uma modificação constitucional em 1925, de acordo com a qual o tribunal cons-

<sup>(1)</sup> Fala-se também de controle incidental e controle concreto. Convém esclarecer: o par conceitual controle principal e incidental refere-se ao objeto do litígio. No controle normativo principal somente a questão da constitucionalidade/inconstitucionalidade da lei é o objeto do procedimento. O controle incidental, ao contrário, ocorre no quadro de um litígio jurídico que tem outro objeto, por exemplo, a conformidade ao direito de um ato. A decisão, porém, depende da constitucionalidade da lei que está na base desse ato. O par conceitual controle normativo abstrato e concreto dirige-se ao motivo do controle normativo. Naquele não existe conexão com um caso litigioso concreto, neste sim, porque se apresenta a questão de saber se a lei que importa para a decisão é ou não compatível com a Constituição. O par conceitual controle concentrado e difuso aponta para o tribunal competente para a decisão. No controle concentrado, tanto a competência para o exame como a competência para a rejeição estão concentradas em um mesmo tribunal, enquanto, no controle difuso, essas competências encontram-se nas mãos de juízes, monocráticos ou não. Além disso, o par conceitual controle normativo especial e integrado expressa o fato de a jurisdição constitucional, e com isso o controle normativo, ser atribuído a um tribunal constitucional especial ou a um tribunal supremo competente para todos os âmbitos jurídicos. Esses pares conceituais se cruzam na prática (MAURER, Hartmut. "Zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle". *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner*. St. Gallen/Lachen SZ: Dike Verlag AG, 1998. S. 252 f.).

<sup>(2)</sup> Para (I) e (II) ver também Luís Afonso Heck, "Die Normenkontrolle im brasilianischen Verfassungsrecht", *Staat-Kirche - Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag*, Hrsg. von Max-Emanuel Geis; Dieter Lorenz, München: Beck, 2001, S. 111 ff.

titucional, a pedido do governo federal ou de um governo estadual, podia pronunciar-se sobre a competência jurídico-constitucional em vista de determinados poderes legislativos.

O controle repressivo apresenta duas formas de realização. Por uma, o procedimento do controle realiza-se imediatamente diante do tribunal supremo ou tribunal constitucional. Aqui pode ser aludida a Constituição austríaca de 1920, que fala em uma função de defesa da Constituição. Pela outra forma, o procedimento de controle é executado imediatamente diante de juízes ou tribunais ordinários, no que, em geral, é mencionada a decisão *Marbury vs. Madison* da Suprema Corte da América do Norte em 1803. Trata-se, essa decisão, de uma função de defesa da parte.

## 3. DESENVOLVIMENTO DO CONTROLE NORMATIVO JUDICIAL NO BRASIL

O controle normativo surge no Brasil no final do século XIX. A Constituição do Império de 25.03.1824 não continha prescrições sobre o exame da validade de normas jurídicas pelos tribunais. De acordo com o art. 15, IX, da Constituição do Império, cabia à Assembléia Geral velar pela guarda da Constituição. Esse dispositivo constitucional tinha um complemento no art. 173, segundo o qual a Assembléia Geral era competente para examinar se a Constituição tinha sido exatamente observada no início das suas sessões. Além disso, pode ainda ser mencionado o Poder Moderador, previsto no art. 98 da Constituição do Império. Aqui são perceptíveis as influências das concepções jurídico-constitucionais francesas da época.

Com a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, o Império e a Constituição Imperial encontraram o seu fim. O modelo da Constituição de 24.02.1891 foi o direito norte-americano e, com isso, introduziu-se no Brasil o controle difuso, expresso no art. 59, § 1.º, da Carta.<sup>3</sup> A Constituição provisória de 22.06.1890, entretanto, já continha, no art. 58, § 1.º, uma formulação semelhante àquela do artigo citado. O Dec. 848, art. 3.º, e a Lei da Justiça Federal 221, de 20.11.1894, art. 10, § 10, continham disposições correspondentes. A Emenda Constitucional de 03.09.1926 não trouxe modificações essenciais nesse âmbito.

A Constituição de 16.07.1934 continuou o desenvolvimento do controle normativo judicial. O conteúdo do art. 76, III, da Constituição de 1934 correspondia àquela do art. 60, § 1.º, da Constituição de 1891. O art. 76, III, da Constituição de 1934 também correspondia àquela do art. 60, § 1.º, da Constituição de 1891 na formulação de 1926, pela qual se associou à palavra "recurso" o adjetivo "extraordinário", que perdura até hoje.

Além disso, foram introduzidas três modificações jurídico-materiais com a Constituição de 1934. A primeira encontra-se em seu art. 179: "Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de acto do Poder Público". Essa regulação já se encontrava no Anteprojeto, art. 57, § 1.º, todavia, com a maioria de 2/3 dos juízes somente do STF.

A segunda modificação introduzida pela Constituição de 1934 diz respeito à participação do Senado Federal no controle difuso. Dizia o seu art. 91, IV: "Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário".

<sup>(3)</sup> Esse fato é facilmente reconhecível na leitura dos comentários à Constituição de Rui Barbosa nesse ponto. Ver, do autor, *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1933, vol. IV, p. 67 et seq. Deve ser notado aqui que enquanto no continente europeu a introdução das repúblicas, em geral, foi fruto da guerra, no Brasil, foi o resultado de uma Constituição.

A terceira modificação é relativa à introdução da representação interventiva do Procurador-Geral da República, que estava prevista no art. 12, § 2.º, da Constituição de 1934.

Ainda, na Constituição Federal de 1934, foi introduzido o mandado de segurança, previsto no seu art. 113, n. 33.

A Constituição de 1937 restringiu o controle normativo judicial. O seu art. 101, III, repetiu o art. 76, III, da Constituição de 1934. O art. 96, *caput*, da Constituição de 1937 também acolheu a redação do art. 179 da Constituição de 1934, mas substituiu a expressão "Poder Público" pela "ato do Presidente da República". Nessa conexão ocorreram algumas modificações no par. ún. do art. 96 da Constituição de 1937: a cooperação do Senado Federal, que na Constituição de 1937 fora designado de Conselho Federal, é suprimida e em seu lugar é colocado o Parlamento e o Presidente da República. A Lei Constitucional 18, de 11.12.1945, suspendeu o parágrafo único mencionado. O mandado de segurança e a representação interventiva não encontraram acolhida na Constituição de 1937.

A Constituição de 18.09.1946 trouxe novamente uma ampliação do controle normativo judicial. O controle difuso estava prescrito no seu art. 101, III. No art. 200 da Constituição de 1946 foi acolhida a regulação do art. 179 da Constituição de 1934. A regulação presente no art. 91, IV, da Constituição de 1934 passou para o art. 64 da Constituição de 1946.<sup>4</sup> O mandado de segurança foi retomado no art. 141, § 24, e a representação interventiva no art. 8.º, par. ún., da Constituição de 1946.

A EC 16, de 06.12.1956, que modificou o art. 101, I, k, da Constituição de 1946, trouxe uma modificação jurídico-material uma vez que introduziu o controle concentrado no direito constitucional brasileiro. Dizia a letra k do artigo mencionado que "a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República" deveria ser julgada pelo STF.

No dia 24.01.1967, foi promulgada uma nova Constituição, que entrou em vigor no dia 15 de março do mesmo ano. O controle difuso estava regulado no seu art. 114, III. A regulação do art. 179 da Constituição de 1934 foi acolhida no art. 111 da Constituição de 1967, na redação do art. 200 da Constituição de 1946. No art. 45, IV, da Constituição de 1967 encontrava-se uma prescrição inicialmente prevista no art. 91, IV, da Constituição de 1934 e que fora acolhida na redação do art. 64 da Constituição de 1946. A representação interventiva do Procurador-Geral da República foi acolhida no art. 11, § 1.º, c, da Constituição de 1967. No art. 150, § 21, da Constituição de 1967, estava previsto o mandado de segurança e o controle concentrado foi acolhido no seu art. 114, I, l.

A EC 1, de 17.10.1969, criou praticamente uma nova Constituição. O controle difuso estava previsto no seu art. 119, III. A EC 7, de 13.04.1977, modificou a prescrição do art. 116 da EC 1, que acolhera a prescrição do art. 179 da Constituição de 1934 na formulação do art. 200 da Constituição de 1946: "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (art. 144, V) poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público". A regulação inicialmente prevista no art. 91, IV, da Constituição de 1934 foi acolhida no art. 42, VII, na redação do art. 45, IV, da Constituição de 1967. A representação interventiva do Procurador-Geral da República foi prescrita no seu art. 11, § 1.º, c. O mandado de segurança estava previsto no art. 153, § 21, da EC 1 e o controle concentrado em seu art. 119, I, l, com outra formulação:

<sup>4</sup> A questão: o Senado Federal está ou não obrigado a suspender a lei declarada inconstitucional até hoje não encontrou unanimidade. Ver Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1990, vol. 2, p. 619. Ver também *infra*, nota 10.

"A representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para a interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual".

#### 4. A UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

O material da pré-compreensão no âmbito do controle normativo judicial brasileiro situa-se certamente tanto na tradição jurídico-política como na idéia da construção do Estado do continente europeu. Caminhou-se de uma concepção monárquica desde a Constituição Imperial de 1824 para uma republicana na Constituição Federal de 1891 e de um tribunal revisor desde a Constituição Federal de 1891 para a formação de um tribunal constitucional na Constituição Federal de 1988.

Nessa conexão, parece importante ressaltar, por um lado, dois pares, cujos pólos se encontram, em certa medida, em uma relação de tensão. Trata-se da unidade política/unidade normativa da Constituição e da soberania do Estado/direitos fundamentais. Por outro, assinalar também que o pólo unidade normativa está amplamente conectado com o pólo direitos fundamentais.

A idéia da unidade política e da unidade normativa da Constituição pode ser reconduzida à discussão sobre a guarda da Constituição,<sup>5</sup> que se sucedeu sob a vigência da Constituição

<sup>5</sup> A Constituição Federal de 1988, como já mencionado na introdução, deu expressamente a tarefa ao STF de ser o guarda da Constituição. Essa tarefa constitucionalmente dada ao STF torna duvidosa, em fundamentos jurídico-constitucionais, ou seja, na conservação funcional da separação dos Poderes, que também é um fator essencial no âmbito da unidade normativa da Constituição, a manutenção da competência para a rejeição no controle difuso, fora do âmbito da competência do STF. A guarda da Constituição significa também situar o tribunal competente para tal no mesmo plano constitucional em que se encontra o legislador, isto é, atribuir ao tribunal a qualidade de órgão constitucional (ver sobre isso, Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 101 et seq.; Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 422 et seq., nota 566 et seq., p. 487 et seq., nota 669 et seq.). Essa equiparação jurídico-constitucional torna, portanto, duvidosa a subordinação do legislador à competência para a rejeição de outros juízes que não pertencem ao tribunal. Dito de outro modo: a conservação da competência funcional dos Poderes exige que a competência funcional do legislador esteja em uma relação horizontal com a competência funcional do tribunal competente para a guarda da Constituição e não em uma relação vertical invertida com a competência de juízes não-pertencentes ao tribunal, que se manifesta na medida em que a eles é atribuída não só a competência, necessária para o exame, mas, também, a competência para a rejeição. E não por último: se se parte da concepção, segundo a qual a idéia kelseniana de legislador negativo significa uma intervenção na atividade do legislador e, portanto, uma perturbação na relação "harmônica" entre os Poderes, está em questão não somente o "como", mas também o "quem". A relação vertical invertida mencionada deveria, então, agravar essa concepção, uma vez que, primeiro, o "como" não tem força de lei, porém, na prática, é uma legislação negativa para o caso concreto, sem a consequência, fundamental, da comprovação da unidade normativa da Constituição, devido à competência para a rejeição descentralizada e, segundo, o "quem" pressupõe, pelo menos, o monopólio da competência para a rejeição, o que não é o caso na relação vertical invertida (isso, porém, até onde se pode ver, não foi considerado na PEC 29 de 2000). Nessa conexão, não é demais acentuar que a fórmula de Kelsen permite a fundamental conciliação entre o objeto do conhecimento, a Constituição, e a autoridade

Imperial de Weimar, de 11.08.1919, entre Schmitt<sup>6</sup> e Kelsen.<sup>7</sup> Para Schmitt, que nisso se valia de um dito do francês Guizot, com o controle normativo pelo judiciário a política não tinha nada a ganhar e o Judiciário tinha tudo a perder. O decisionismo schmittiano aponta para o elemento da unidade política da Constituição que, todavia, no fundo, somente entra em questão em momentos de crise institucional. Em outras palavras: a unidade política da Constituição somente desempenha um papel quando ela é, de fato, posta à prova. Mas, nessa conexão, a Constituição pode transformar-se em objeto de aposta na arena de uma crise institucional para, em sua solução, também se determinar, ao fim e ao cabo, fora de um quadro normativo, quem tem o poder ou não. Resta, ainda, a questão do papel da Constituição nesse contexto em tempos de normalidade institucional, ou seja, quem então a leva em conta uma vez que disso depende, fundamentalmente, o vencimento da crise institucional por meio e dentro da própria Constituição. Guardar a Constituição aqui expressa uma tutela.

Para Kelsen, a questão jurídica parece não ignorar a questão política. Primeiro a Constituição deve ser vista como norma, depois, aquilo que juridicamente vem abaixo dela e não o contrário. Em outras palavras, na unidade normativa da Constituição reside a avaliação do produto da unidade política que, num Estado de Direito Democrático, previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1.º, *caput*, vai do cidadão, passando pela livre manifestação de opinião (art. 5.º, IV, da CF de 1988), liberdade de imprensa (art. 220 da CF de 1988), liberdade de reunião (art. 5.º, XVI, da CF de 1988) e associação (art. 5.º, XVII, da CF de 1988), pelos partidos políticos (art. 17 da CF de 1988), ao Parlamento onde, por fim, a dação de leis tem o seu lugar. Essa avaliação, na presença de um tribunal constitucional como órgão constitucional, sucede a cada vez e não apenas em momentos de crise institucional. O controle concentrado, nesse sentido, funciona como uma espécie de termômetro para o princípio democrático que se encontra no art. 1.º, *caput*, da CF de 1988, isto é, quanto mais um tribunal supremo ou constitucional intervém na atividade de dação de leis com a finalidade de corrigi-la para a adequação à Constituição, tanto pior está a unidade política ou vice-versa.<sup>8</sup> Nessa conexão também se expressa uma relação diretamente proporcional entre a valorização do controle concentrado e a otimização do princípio democrático: quanto maior a vontade e a disposição para o entendimento no quadro normativo da Constituição, tanto menor a possibilidade de atuação do controle concentrado.<sup>9</sup> Guardar a Constituição aqui expressa uma interlocução entre órgãos constitucionais.<sup>10</sup>

competente para a manifestação vinculativa de tal conhecimento, o tribunal competente para a guarda da Constituição. Outra coisa é a atribuição da tarefa para o conhecimento da Constituição, pressuposto da sua interpretação e aplicação, tal como resulta da situação constitucional da Alemanha, que também pode ser aplicável à brasileira. Ver para isso também nota 10, *infra*.

<sup>(6)</sup> SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung*. Berlin: Duncker und Humbolt, 1931.

<sup>(7)</sup> KELSEN, Hans. "Wer soll der Hüter der Verfassung sein?". *Die Justiz* 1930/31, Heft 11/12, Bd. 6 S. 576 ff.

<sup>(8)</sup> Tendo em vista a distribuição de competências constitucional, deve-se chamar a atenção ao fato de que um tribunal constitucional não pode assumir o papel do legislador, ou seja, não se pode transformar uma perda política no Parlamento em uma vitória jurídica no tribunal constitucional.

<sup>(9)</sup> Com isso também é inequívoco que o controle concentrado não pode ser visto como um remédio para o princípio democrático, mas como um corretor.

<sup>(10)</sup> A unidade normativa, como também a política, cuja formação depende, em grande medida, daquela, não está dada previamente. Por isso, para que essa interlocução entre órgãos

As circunstâncias mundiais recentes (julgamento de criminosos de guerra e atuação autoritária) demonstram que a idéia habitual de soberania, que vem desde a formação do Estado nacional, no sentido de nela já estar compreendida a proteção do indivíduo, sofre uma mudança

constitucionais possa se realizar em ordenamentos jurídicos que combinam o controle concentrado e o controle difuso, como o brasileiro, a competência para a rejeição deveria estar centrada em um único corpo sentenciador. Na Alemanha, onde existe tanto o controle abstrato como o controle concreto, isso foi resolvido com o dever de apresentação judicial, ou seja, no controle concreto os tribunais têm a competência para o exame, mas não para a rejeição (ver sobre isso, com mais demonstrações, Heck, *O Tribunal Constitucional Federal ...*, cit.; p. 132 et seq.; Hesse op. cit., p. 496 et seq., número de margem 682). No Brasil, as circunstâncias atuais parecem querer deixar o controle difuso imodificado, mas em compensação, ampliar o controle concentrado com base na uniformização de jurisprudência, certeza e segurança jurídica (ver sobre isso a PEC 29 de 2000, sobretudo, p. 6, 95 et seq., 281 et seq.; ademais, p. 30, 92, 170 et seq., 215, 250). Na estrutura constitucional da Constituição Federal de 1988 isso, todavia, parece não ser a solução indicada, sobretudo quando se considera que o fundamento real da uniformização da jurisprudência, da certeza e da segurança jurídica está no efeito da sentença do STF no controle concentrado (chamado de "efeito vinculante", na Alemanha "com força de lei"); esse resultado, entretanto, também pode ser alcançado com a reconfiguração do controle difuso, uma vez que, em vista da comparação de direito, aqui, como já aludido, o alemão, o monopólio da rejeição também pode ser atribuído ao tribunal que detém o monopólio do exame e da rejeição. Nessa conexão, deve ser observado que a forma da ampliação do controle concentrado pretendido pode ter como resultado também, e exatamente, um prejuízo para a unidade normativa da Constituição, uma vez que a tarefa da interpretação e aplicação da Constituição, a cada vez, ou seja, a competência para o exame, não pode caber apenas a um dos órgãos do Poder Judiciário, que se encontram no art. 92 da CF. Ainda no que toca ao efeito da decisão, que não deve ser confundido, seja dito, com a competência para o exame e para a rejeição: efeito vinculativo não é uma questão de qualidade, mas de grau, ou seja, uma decisão pode ter até três graus de vinculatividade em seu efeito: *inter partes* (vincula somente as partes), *erga omnes* (vincula, além das partes, também todos os cidadãos) e força de lei (vincula as partes, todos os cidadãos e, ainda, todos os Poderes Públicos). Ver para isso também o art. 28, par. ún., da Lei 9.868, de 10.11.1999, e o art. 10, § 3.º, da Lei 9.882, de 03.12.1999.

A súmula vinculativa ultrapassa o âmbito do controle da constitucionalidade das leis. Por um lado, a expressão "controvérsia", que a PEC 29 de 2000 utiliza (p. 32, 991, 172 e 283), não compreende necessariamente a questão da incompatibilidade de uma norma com a Constituição Federal. A verificação da incompatibilidade de uma norma com a Constituição precede à declaração de inconstitucionalidade dessa mesma norma, em que, também, pode ocorrer que no dever de apresentação judicial, o tribunal competente para a rejeição chegue à convicção contrária apresentada, isto é, que a norma é compatível com a Constituição, portanto, constitucional e, com isso, a declara constitucional (ver sobre isso, T. Maunz, B. Schmidt-Bleibtreu, F. Klein, G. Ulsamer, H. Bethge, K. Winter, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Kommentar*. München: Beck, Stand: März 2001, § 31, S. 20, Nr. 24), ou seja, a Constituição Federal pode, mas não precisa, ser o critério normativo; com isso, por outro lado, a súmula vinculativa dá ao STF muito mais a tarefa de um tribunal revisor, isto é, verificar como os juízes e a Administração Pública aplicam o direito infraconstitucional. Nesse sentido, a unidade normativa da Constituição Federal também está posta em questão, uma vez que se pode perguntar pela possibilidade da real formação da unidade normativa do ordenamento jurídico independente da constante construção da unidade normativa da Constituição. Se fosse diferente, então, esta poderia ser considerada pressuposta ou até posta.

na medida em que é aceito não ser o Estado como ente que ameaça e, nisso, alcança o indivíduo, mas aquele que realmente tem o poder na mão em nome do Estado. Nesse sentido, o critério de aferição dessa situação indica uma substituição da soberania pelos direitos fundamentais. Nestes o indivíduo se determina, naquela ele é indeterminado. Certamente não se constitui um equívoco ao dizer que hoje o direito passa a ocupar uma posição de primazia na aferição da atuação dos Estados no campo das relações internacionais,<sup>11</sup> o que, naturalmente, terá os seus reflexos também no plano interno do Estado. Nessa conexão, onde se expressa a relação estreita entre unidade normativa e direitos fundamentais, também é importante sublinhar, de forma jurídico-constitucional, dois pontos: o primeiro reside no fato de a Constituição Federal de 1988 inaugurar uma tradição já existente no continente europeu no sentido de colocar a enumeração dos direitos fundamentais no umbral da Constituição. O segundo está no fato de que os direitos fundamentais devem ser entendidos como normas vinculativas,<sup>12</sup> não como normas programáticas, na dicção do art. 5.º, § 1.º, da CF de 1988. A realização daquelas depende, em grande medida, também de uma via processual adequada,<sup>13</sup> que já estava prevista no art. 2.º, II, da Lei 9.882, de 03.12.1999. Ela, entretanto, foi vetada.

## 5. CONCLUSÃO

O futuro da constitucionalidade das leis, tema indicado para esta palestra, também compreende o futuro dos tribunais de revisão. Em uma visão ampliada, entretanto, também se pode ver nesse tema o futuro da constitucionalidade, ou seja, dos tribunais constitucionais. Nesse sentido, e com base no apresentado na parte inicial do número 4 *supra*, é possível, certamente, uma formulação: no modelo da divisão dos Poderes, o controle de constitucionalidade das leis e o respectivo tribunal revisor, na prática, quase não tinham expressão. Com o controle da constitucionalidade e o respectivo tribunal constitucional, o Poder Judiciário passa, por meio disso, a ocupar efetivamente um dos pratos na balança. A atividade jurisdicional-constitucional obtém, assim, também uma tarefa auxiliadora de configuração de toda a atividade estatal e de consolidação da Constituição. Disso resulta que se a Constituição, no controle da constitucionalidade das leis, desempenhava um papel fundamental para a aferição da atividade legislativa, no controle da constitucionalidade, ela passa a desempenhar um papel também na aferição das atividades administrativas e jurisdicionais e, nisso, igualmente o cidadão pode sentir-se aludido. Em conjunto: a ampliação e a densidade da unidade normativa da Constituição estão em uma relação estreita com o controle da constitucionalidade e, assim, futuramente essa relação deveria continuar a ser desenvolvida.

---

(11) Aqui deve ser lembrada a *pax kantiana*: "... empregar o direito do homem da liberdade e os princípios do Estado de Direito e do republicanismo, que devem ser desenvolvidos a partir dele, também como regras de uma ordem racional do mundo dos Estados" (KERSTING, Wolfgang. *Wohlgeordnete Freiheit: Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1993, S. 69.)

(12) Com isso se quer dizer tanto regras como princípios. Ver sobre isso, Luís Afonso Heck, "O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais", *Direito e Democracia - Revista do Centro de Ciências Jurídicas - Ulbra*, vol. 1, n. 1, p. 113 et seq., 1.º semestre de 2000; Robert Alexy, "Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático", trad. Luís Afonso Heck, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 17, p. 273 et seq., 1999.

(13) Ver sobre isso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal ...*, cit., p. 177, nota 35.

## MARCADORES

Artigos | Direito constitucional |