

# Perspectivas da jurisdição constitucional a partir da Constituição da República de 1988

*Marcos Duque Gadelho Júnior*<sup>1</sup>

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional. Evolução. Acesso à Justiça.

**Resumo:** o objetivo deste ensaio é promover uma reflexão sobre as novas facetas da jurisdição constitucional, ancorada na metodologia científica da Teoria Pura do Direito, em especial no que concerne à interpretação dinâmica e à moldura normativa construídas por Kelsen, cujos espaços de valoração (no limite das balizas) são destinados aos criadores do Direito. O espaço criativo outorgado aos juízes, em decorrência da realidade (ser), e a necessidade, cada vez maior, da previsão dos efeitos das decisões constituem, quando menos, predicados indispensáveis ao exercício da jurisdição constitucional. O ordenamento jurídico e a orientação jurisdicional dos magistrados e cortes, numa simbiose dinâmica regrada, autorizam não apenas emprestar deferência ao Direito posto e ao próprio legislador, mas, também, constituem um instrumento legítimo de mudança social.

## Introdução

A questão que inspira o presente ensaio está relacionada à análise das novas facetas da jurisdição constitucional, especialmente quando exercidas pela Suprema Corte do país, e dos novos arranjos institucionais que regulam o seu desenvolvimento. Como é cediço, a anomia do Poder Judiciário no sistema liberal e o fetichismo da lei – fruto, como se sabe, da desconfiança popular em substituir o absolutismo dos monarcas pela nobreza da toga e do ideário sobre o protagonismo do legislativo –, encontraram alicerces seguros nas codificações estatuídas no limiar do século XIX, com destaque para o Código de Napoleão, de 1804. O invulgar apreço à figura

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela USP. Atualmente, Magistrado Instrutor no Gabinete do Ministro Ricardo Lewandowski – STF. E-mail: gadelho@hotmail.com.

do texto legal, que perdurou pelos séculos XVIII e XIX, e a neutralização dos magistrados constituíram uma das bandeiras importantes na atuação dos juízes, em que a separação de poderes e o protagonismo do legislativo foram alçados como consequências lógicas da vontade geral. É o que se extrai, v.g., do festejado art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>2</sup>.

Dito de outro modo, o formalismo jurídico e a fiscalização dos magistrados tornaram-se, no decorrer do século XIX, a pedra angular dos sistemas políticos desenvolvidos<sup>3</sup>. Todavia, curiosamente, o gérmen da flexibilização da pura mecanização na interpretação e na aplicação da lei encontra seu “renascimento” nessa época. Nesse sentido, Norberto Bobbio (2006, p. 77), ao analisar o teor do art. 4º do citado Código Napoleônico<sup>4</sup> – que impedia o magistrado de sonegar a aplicação do direito –, advertia que a intenção dos redatores era deixar aberta alguma válvula de escape aos juízes ou, melhor, franquear a “possibilidade da livre criação do direito por parte do juiz”<sup>5</sup>. E, assim, ressaltou Jean-Étienne-Marie Portalis (2004, p. 17-19), no seu famoso discurso preliminar sobre o projeto de Código Civil francês (1804), quando afirmou que:

*Na ausência da lei, você deve levar em conta o costume ou a justiça. Equidade é o retorno à lei natural diante do silêncio, da contradição ou da escuridão das leis positivas. Forçar o magistrado a recorrer ao legislador seria o pior dos princípios. Significaria renovar a legislação desastrosa de*

<sup>2</sup> Art. 16. A society in which the observance of the law is not assured, nor the separation of powers defined, has no constitution at all.

<sup>3</sup> GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

<sup>4</sup> Art. 4º. O juiz que se recusa a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada.

<sup>5</sup> Afirmou, ainda, que: “A *ratio* do art. 4º do Código de Napoleão, na intenção dos seus compiladores, era de evitar os inconvenientes de uma prática judiciária instaurada durante a Revolução, pela qual os juízes, quando não dispunham de uma norma legislativa precisa, se abstinham de decidir a causa e devolviam os atos ao poder legislativo para obter disposições a propósito. E isto em muitos casos era imposto pela própria lei revolucionária, que desejava estimular até o extremo o princípio da separação de poderes; em outros casos eram sugeridos ao juiz critérios de prudência política, para evitar que, com a mudança das relações de força entre os vários grupos revolucionários, ele fosse responsabilizado pela aplicação de uma lei emendada de um grupo para combater outro” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006. p. 77).

*reescritos, porque quando o legislador intervém para se pronunciar sobre matérias nascidas e veementemente discutidas entre os indivíduos, não é mais protegido de surpresas do que os tribunais. É menos assustador o arbítrio regulado, modesto e circunspecto de um magistrado, que pode ser retificado e está sujeito a ação por transgressão, do que o arbítrio absoluto de um poder independente que nunca é responsável.<sup>6</sup>*

No plano nacional, apesar da influência do direito norte-americano na formação dos textos constitucionais e na moldura das instituições, reconhecida tanto na reprodução dos instrumentos decisórios quanto na própria nomenclatura dos textos constitucionais republicanos até a Constituição de 1946 (“Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil” ou “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”), o legislador constituinte nunca emprestou ao Poder Judiciário, ao longo de nossa história republicana, a inspirada autonomia e a tão decantada deferência, seja para o exercício da sua função tradicional de dirimir conflitos, seja para o controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Rememoro, a propósito, que os *founding fathers* depositavam sua confiança no Poder Judiciário, departamento mais fraco da República – carente da “espada” e das chaves do “cofre” –, para a fiscalização das leis incompatíveis com a Constituição, sobretudo porquanto o Legislativo, segundo tal visão, não reconheceria o próprio equívoco na correção do texto legal e o Poder Executivo concentraria poderes demais<sup>7</sup>. De todo modo, a doutrina já vaticinava que todos os desacordos morais desaguiariam no Poder Judiciário<sup>8</sup>.

Relembro também que, apesar de a estruturação do Poder Judiciário não ter sido, num primeiro momento, objeto de prioridade nas diversas

<sup>6</sup> PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil*. Tradução: Adela Mora. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 2004. p. 17-19, tradução nossa. Disponível em: <https://bit.ly/3BQvejF>. Acesso em: jan. 2021.

<sup>7</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2010. arts. 51, 78 e 81.

<sup>8</sup> TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América: leis e costumes*. De certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução: Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 111-117.

correntes que integravam a Assembleia Constituinte (1987/1988)<sup>9</sup>, exceto em relação à engenharia institucional da nossa Suprema Corte, convém assentar que, pela primeira vez, o constituinte alçou o Poder Judiciário a um patamar institucional singular, especialmente frente aos demais Poderes. Consequentemente, munuiu-o com instrumentos e técnicas decisórias relevantes, sendo a apoteose normativa delineada na atribuição do papel de guardião principal do texto constitucional ao Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>10</sup>, função esta que tem no agente externo ao Parlamento, segundo Hans Kelsen (2007), um remédio mais eficaz<sup>11</sup>.

Isso não faz do Poder Judiciário (e do STF, em especial), contudo, um genuíno poder político, mas um *tertium genus*, ou um coordenador dos demais poderes, à semelhança da figura descrita por Constant (1988) como poder neutro<sup>12</sup>, e não aquele nascido na CF/1824, reafirmado pelos sucessivos incentivos concedidos pelo legislador derivado. Com efeito, os juízes e ministros foram contemplados com o reforço das suas competências e garantias institucionais, para colocar, pela primeira vez na história republicana, freios às aspirações políticas ilícitas dos outros Poderes, por meio de distintos e legítimos vetores de atuação. Esse fenômeno, contudo, jamais eliminou ou fomentou a destruição dos pilares da concepção

<sup>9</sup> Paradoxalmente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho acentua o “lobby” dos magistrados: “O lobby dos magistrados, por exemplo, embora mais preocupado, como sói acontecer, com as vantagens corporativas do que com o aprimoramento das instituições tem o mérito de haver conseguido duas vitórias que, sem dúvida, merecem aplauso. Ambas, de fato, contribuem para a independência, portanto, para a imparcialidade da magistratura. Uma é a autonomia financeira, aí se salientando a participação direta no estabelecimento de seu orçamento (art. 99). Outra, dar aos tribunais o provimento dos cargos de juiz (art. 96, I, “c”), livrando os magistrados de deverem favores aos membros do Executivo” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 198, 1994).

<sup>10</sup> Cf. art. 102. “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Rememoro, a propósito, as palavras do Ministro Celso de Mello, ao final da década de 90, quando o STF renunciou a prudência exagerada que o caracterizou durante a República, no voto proferido na ADI 2.010-MC: “A defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do STF. O STF – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional”.

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução: Alexandre Kurg *et al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>12</sup> CONSTANT, Benjamin. *Political writings*. Tradução: Biancamaria Fontana. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

tradicional da separação de poderes, nem tampouco fulminou os predi-  
cados do Estado de Direito.

Mas não é só isso. A estruturação da organização do Estado e do  
governo foi inserida, de forma inovadora na história constitucional  
brasileira, situada agora em capítulo ulterior à positivação dos direitos  
e garantias fundamentais, as quais, como é de conhecimento geral,  
não apenas foram consolidadas com privilegiada localização topográ-  
fica na Carta de Direitos de 1988 – com inspiração no modelo alemão  
da Lei Fundamental de Bonn (1949)<sup>13</sup> e a fixação do *status* de cláusula  
pétrea (art. 60, § 4º, CF/1988) –, como também prescreveram, a todos  
os destinatários, sua rigorosa observância diante da imediata eficácia  
prevista no texto constitucional (art. 5º, § 1º, CF/1988)<sup>14</sup>. Logo, os  
referidos direitos, inseridos em título exclusivo no texto constitucional,  
já não são mais concebidos como simples prescrições normativas, mas  
como uma genuína promessa de natureza prospectiva<sup>15</sup>, corroborada,  
por fim, pela hierarquia constitucional conferida aos tratados humanos  
(por força da redação dada pela EC 45/2004)<sup>16</sup>.

Tal panorama alterou as funções jurisdicionais e os métodos de inter-  
pretação pelos juízes, os quais, no exercício da judicatura, não cumprem

*apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e  
o errado com base na lei, mas também e sobretudo  
examinar se o exercício discricionário do poder  
de legislar conduz à concretização dos resultados*

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 510-513.

<sup>14</sup> Não cabe, neste ensaio, a discussão travada exaustivamente na doutrina sobre a eficácia das normas e garantias fundamentais em suas múltiplas dimensões, mas demonstrar que a *mens legis* superou a mitifi-  
cação dos textos anteriores e as fórmulas vazias de concretização, o que não significa, em contrapartida,  
a insurreição de outros problemas estruturais a partir dos diferentes tipos de normas e a sua eficácia.

<sup>15</sup> Nesse contexto, retoma-se a lição do mestre português José Joaquim Gomes Canotilho no que denominou  
de “função de prestação social” e “função de não discriminação” das liberdades (direitos) fundamentais,  
que se traduzem no dever do Estado de assegurar e promover, em nome de bens jurídicos consolidados  
na Carta de Direitos, sobretudo no que concerne à igualdade dos cidadãos (última função), direitos  
e políticas sociais, bem como medidas capazes de materializar a propalada igualdade dos cidadãos  
(CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra:  
Almedina, 2003. p. 408-410).

<sup>16</sup> Lembro, porque oportuno, que, no que concerne aos tratados internacionais de direitos humanos, an-  
teriores à Emenda Constitucional 45/2004, o Supremo Tribunal Federal conferiu-lhes *status* supralegal,  
ou seja, abaixo das disposições constitucionais, mas acima das leis infraconstitucionais (RE 466.343/  
SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Peluso).

*objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).*<sup>17</sup>

A citada “faculdade de impedir”, clássica expressão inserida na obra *O espírito das leis*<sup>18</sup>, ou modernamente *veto players*<sup>19</sup> (ou, tradicionalmente, no termo cunhado por Hans Kelsen, “legislador negativo”) – consubstanciada no poder/dever de anular e de controlar os atos dos demais poderes para a mudança do *status quo* –, não traduz mais a única função primária atribuída ao Poder Judiciário. Foi instado, ao contrário, pelo constituinte de 1988, a ingressar e participar da arena política, convite este reafirmado por sucessivas Emendas Constitucionais e pela multiplicidade de fontes jurídicas, incluindo diplomas e tratados internacionais. Nesse sentido, dentre as “novidades” destacam-se as novas atribuições e instrumentos criados pelo legislador constituinte: (i) julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual<sup>20</sup> e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (ii) mandado de injunção (art. 5º, LXXI)<sup>21</sup>; (iii) ampliação do rol dos órgãos autorizados a promover o controle abstrato de inconstitucionalidade (art. 103 da CF/1988); e (iv) ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º)<sup>22</sup> e o *habeas data* (art. 5º, LXXII)<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio decadente? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 9, 1995.

<sup>18</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das Leis*. Tradução: Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 171-178.

<sup>19</sup> Cf. TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições*. Tradução: Micheline Christophe. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

<sup>20</sup> Convém destacar, no entanto, que a Emenda Constitucional 16/1965 inseriu o controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos contrários à Constituição não mais limitado às hipóteses restritivas da Representação de Inconstitucionalidade, mas alçou apenas o Procurador-Geral da República como órgão legitimado para a proposição.

<sup>21</sup> Art. 5º. [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

<sup>22</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] § 2º 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.

<sup>23</sup> Art. 5º. [...] LXXII - conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

Por tal razão, a legitimidade democrática da atuação judicial tem sua gênese na própria deliberação do constituinte, rompendo, em caráter definitivo, com a neutralização liberal advinda do constitucionalismo vigente no Brasil até 1988, apesar da resistência inaugural de alguns ministros do STF na aplicação destes institutos até a edição de legislação superveniente que regulamentou os dispositivos do texto constitucional<sup>24</sup>. Tal movimento constituinte parece se enlaçar com o conceito de constitucionalismo moderno trazido por J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 51-53), 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 público, sugerindo, ao mesmo tempo a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.*<sup>25</sup>

Nesse sentido, o simples cotejo entre as Constituições Republicanas<sup>26</sup> (1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969) e o texto de 1988 reforça a percepção acerca do recrudescimento das funções dos magistrados e das cortes, notadamente do STF. O efeito mais visível desse quadro repousa justamente no aumento substancial dos órgãos que integram o Poder Judiciário<sup>27</sup>, com destaque para a criação do Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, por força da Emenda Constitucional 45/2004, do Conselho Nacional de Justiça.

Por sua vez, a fórmula da separação de poderes, elaborada pela Carta de Direitos de 1988 em termos mais abstratos<sup>28</sup> e elevada à categoria de cláusula pétreas<sup>29</sup>, não contém mais qualquer proscrição expressa quanto à

<sup>24</sup> KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p 141-184, 2013.

<sup>25</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51-52.

<sup>26</sup> Não considero aqui atos normativos ou Constituições provisórias, instituídos com força do poder constituinte.

<sup>27</sup> Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais; IV - os Tribunais e Juizes do Trabalho; V - os Tribunais e Juizes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juizes Militares; VII - os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

<sup>28</sup> Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>29</sup> Art. 60. [...] § 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.

impossibilidade de eventual “delegação” de atribuições típicas, conforme dicção presente nos textos constitucionais republicanos de 1934 (art. 3º, §§ 1º e 2º)<sup>30</sup> e de 1946 (art. 36, § 2º)<sup>31</sup>; nem tampouco o constituinte trouxe hipóteses de exclusão apriorística de matérias pelo Poder Judiciário, como ocorrera em todas as Constituições na República. Em outras palavras, o constituinte decidiu fortalecer o acesso aos órgãos do Poder Judiciário, com o acréscimo da possibilidade da concessão da assistência judiciária gratuita aos mais carentes<sup>32</sup>, não fazendo qualquer ressalva, portanto, quanto aos “direitos não individuais” ou “atos ou decisões políticas”. A única limitação está afeta ao tema do desporto, em que o acesso à jurisdição está condicionado, mas não excluído, ao esgotamento das instâncias da “justiça desportiva”<sup>33</sup>. Ademais, o constituinte deliberou por eliminar instrumentos de concentração de poderes dos tribunais superiores, tais como: a advocatária e a arguição de relevância,<sup>34</sup> irrompendo, por consequência, com a *intercessio* moderna.

Some-se a isso o fato de que o texto constitucional vigente disciplinou exhaustivamente, em seu art. 95, *caput* e parágrafo único<sup>35</sup>, o regime jurídico aplicado à magistratura brasileira, por meio de garantias e vedações

<sup>30</sup> Art. 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si. § 1º - É vedado aos Poderes constitucionais delegar suas atribuições. § 2º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

<sup>31</sup> Art. 36. São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. § 1º - O cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição. § 2º - É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

<sup>32</sup> Foi um dos pontos mais debatidos na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público. É o que dispõe o art. 5º, LXXI, da CF/1988: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

<sup>33</sup> Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: [...] § 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei. § 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

<sup>34</sup> Embora não possa ser confundido com o instituto da Repercussão Geral inaugurado pela EC 45/2004, não há como desassociar a inspiração deste último na Arguição de Relevância no sentido de reintroduzir filtros no sistema processual brasileiro.

<sup>35</sup> Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se à atividade político-partidária; IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em

(acrescida de sucessivas modificações por Emendas Constitucionais), para assegurar que os juízes e as cortes pudessem emitir decisões com independência, imparcialidade, equilíbrio e adequação. Ficou evidente que o acesso à jurisdição, mais do que um predicado formal esculpido na Carta de Direitos, constitui direito fundamental (e, portanto, potestativo) de todos os brasileiros.

Ademais, os conhecidos incentivos legislativos – no plano infraconstitucional – outorgados ao Poder Judiciário não tiveram precedentes quantitativos nos textos constitucionais pretéritos. Com efeito, as fecundas modificações na organização e funcionamento do Poder Judiciário, provocadas pela EC 45/2004<sup>36</sup>, serviram não apenas para o aprimoramento da atuação e da fiscalização dos juízes e tribunais, precisamente por meio da criação do Conselho Nacional de Justiça<sup>37</sup>, como também municiou o Poder Judiciário com instrumentos e filtros jurídicos adequados para impor alguma racionalidade à litigiosidade excessiva.

De fato, para além de exigir dos recursos extraordinários demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas (§ 3 do art. 102 da CF/1988), a EC 45/2004 alterou a competência da Justiça do Trabalho, bem como instituiu, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, as Súmulas Vinculantes, a fim de consolidar entendimentos pacificados, sob certas condições normativas, em proposições enunciativas com efeitos compulsórios perante os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública<sup>38</sup>.

---

lei; V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

<sup>36</sup> De acordo com a exposição de motivos do ato normativo, “Na verdade, o problema é mais profundo, porque o Poder Judiciário é, dentre os três Poderes da República, o único infenso à fiscalização. Enquanto o Executivo é fiscalizado pelo Legislativo, este pelo povo e ambos pelo Poder Judiciário. Os juizes não se submetem a qualquer modalidade de censura externa. Não basta, para o estabelecimento de controles na atividade do Poder Judiciário, a participação intensa, no caso representado pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados, no recrutamento de juízes e na outorga da vitaliciedade, bem como uma intervenção mais intensa do Congresso Nacional na investidura dos magistrados dos tribunais superiores”.

<sup>37</sup> De acordo o Ministro Cezar Peluso, relator da ADI 3.367/DF: “A bem da verdade, mais que encargo de controle, o Conselho recebeu aí uma alta função política de aprimoramento do autogoverno do Judiciário, cujas estruturas burocráticas dispersas inviabilizam o esboço de uma estratégia político-institucional de âmbito nacional. São antigos os anseios da sociedade pela instituição de um órgão superior, capaz de formular diagnósticos, tecer críticas construtivas e elaborar programas que, nos limites de suas responsabilidades constitucionais, deem respostas dinâmicas e eficazes aos múltiplos problemas comuns em que se desdobra a crise do Poder. [...] Ao Conselho atribuiu-se esse reclamado papel de órgão formulador de uma indeclinável política judiciária nacional”.

<sup>38</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula

Por todo o exposto, não há margem para dúvidas de que as condições normativas e o quadro político atual chancelaram uma nova postura de juízes e cortes no exercício da jurisdição constitucional. Vale dizer, reconhece-se, a partir de certos eventos e contextos históricos, que a atividade primária dos juízes permanece em constante evolução jurídica e política, mas não hegemônica, firmando contornos dogmáticos constitucionais a partir do final do século XX, mas sem desbordar em solipsismos, seja para aferir a validade de uma lei infraconstitucional (controle de constitucionalidade), ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades.

## **2. A jurisdição constitucional e a interpretação e aplicação do Direito à luz da leitura escorreita da “moldura normativa”, de Hans Kelsen**

Não bastasse a força do arcabouço normativo e da constante delegação de estímulos pelo legislador, impõe-se uma adequada compreensão dogmática da Teoria Pura do Direito, muitas vezes difundida injustamente como o centro de depósito de todas as mazelas na interpretação e aplicação do Direito, para o desenvolvimento de novas facetas da jurisdição constitucional. Sim, porque as categorias normativas e modelos de instituições, delineados por Hans Kelsen e por outros estudiosos que integraram a denominada Escola Jurídica de Viena<sup>39</sup>, ainda influenciam de forma decisiva a atuação dos magistrados brasileiros<sup>40</sup>.

---

que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

<sup>39</sup> Aqui se destacam Adolf Julius Merkl (1890-1970), publicista e professor nas Universidades de Viena (1920 a 1965) e de Tübingen (1950-1965) e o mais importante aluno de Kelsen, bem como Alfred Verdross (KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução: Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011a. p. XXXI).

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. XVI.

Convém destacar, inicialmente, que Kelsen (2011), juspublicista (Direito Público e Direito Constitucional), com obras de destaque no Direito Internacional<sup>41</sup>, foi um dos autores do anteprojeto da Constituição austríaca de 1920<sup>42</sup> e passou a integrar a Suprema Corte local até 1929, quando, ao assegurar a autonomia do direito em relação à política (no caso das dispensas matrimoniais), deixou o cargo em contrariedade à reforma constitucional e à dissolução da antiga Corte Constitucional da Áustria<sup>43</sup>.

Rememoro, ainda, que a celebrada Teoria Pura do Direito não é fruto exclusivo e acabado do mestre nascido em Praga<sup>44</sup>. Antes, pelo contrário, publicada em 1934 (Reine Rechtslehre), contou com a contribuição decisiva de Adolf Julius Merkl<sup>45</sup> e sofreu alterações substanciais por Kelsen ao longo da sua vida, incluindo uma segunda edição (1960), quando o autor já estava radicado em Berkeley, na Califórnia (EUA). Lembra Matthias Jestaedt (*apud* KELSEN, 2011a, p. 4-5), neste sentido, que

*[...]o fato de que a teoria pura de Kelsen não é produto atemporal de uma única ideia genial que dali em diante se conservaria inalterada e inalterável. Muito pelo contrário, a teoria pura do direito passou – desconsiderando-se totalmente o fato de que Kelsen, certamente, seu fundador e principal defensor, mas de modo o seu único protagonista – por numerosos e profundos desenvolvimentos ao longo de décadas.<sup>46</sup>*

<sup>41</sup> Kelsen escreveu, em 1936, o importante texto “La transformation du droit international en droit intern”, publicado na *Revue Générale de Droit International Public*, Paris.

<sup>42</sup> Lembra Virgílio Afonso da Silva, no entanto, que “No caso do controle de tipo europeu, a Constituição austríaca nem mesmo foi a primeira a prevê-lo, tendo sido antecipada em alguns meses pela Constituição da Tchecoslováquia. O próprio Kelsen sempre deixou claras as suas fontes inspiradoras, sobretudo uma obra pouco divulgada de Georg Jellinek, sugestivamente intitulada “Um Tribunal Constitucional para a Áustria”, publicada em 1885. Ainda no plano das ideias, um embrião daquilo que mais tarde tomou a forma de tribunal constitucional pode ser encontrado na tentativa de Sieyès de implantação de um Jury Constitutionnaire, rejeitada pela Assembleia Constituinte de 1795. A despeito desses – e de quaisquer outros – antecedentes, foi a obra de Marshall e Kelsen que perdurou no tempo” (SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 2009.).

<sup>43</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 81-92.

<sup>44</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. XXIX-XXIV.

<sup>45</sup> A contribuição e o mérito foram reconhecidos pelo próprio Kelsen (KELSEN, *op. cit.*, p. 28).

<sup>46</sup> E arremata: “A bem da verdade, até o fim da sua vida, Kelsen não atinge o ponto em que declararia a teoria pura do direito ‘pronta’ ou em que a consideraria perfeita. Como comprova de modo

Registre-se, ademais, que a Teoria Pura propôs delimitar o campo da validade do Direito em detrimento aparente dos valores subjacentes à norma (princípio basilar), sem eliminar, contudo, toda e qualquer consideração ética do Direito. Pelo contrário, tais “normas de justiça” têm por destinatários os agentes responsáveis pela criação do direito positivo (legisladores e magistrados)<sup>47</sup>. Nesse sentido, Kelsen enfatiza que:

*[...] a justiça e a injustiça, que são afirmadas como qualidades de uma norma jurídica positiva cuja validade é independente desta sua justiça ou injustiça, não são ou não são imediatamente, pelo menos – qualidades desta norma, mas qualidades do ato pelo qual ela é posta, do ato de que ela é o sentido.*<sup>48</sup>

Assim, ao considerar que a produção da Teoria Pura é atemporal, e não fruto exclusivo da produção de Kelsen, é possível conceber passagens em sua obra que expressem uma reflexão sobre a mudança dos alicerces (da ausência) referentes ao campo da validade da ciência jurídica. É o que se denota, v.g., do trecho da sua autobiografia, produzida em 1947 (quando Kelsen esteve radicado em Berkeley, Califórnia), ao mencionar que as faculdades de direito locais não tinham interesse particular por uma teoria científica do Direito e que, por isso, “talvez o direito como objeto de conhecimento científico pertença realmente mais a uma faculdade filosófica, histórica ou de ciências sociais”<sup>49</sup>.

Em outras palavras, a pureza da citada teoria não reproduz o entendimento de um direito apolítico, tampouco constitui fenômeno normativo indiferente ao aspecto factual (ser), conforme reza a propalada interpretação dinâmica<sup>50</sup>. Ao revés, de acordo com Matthias Jestaedt, em palestra ministrada em 25 de setembro de 2018, na Universidade de Freiburg, o mérito da Teoria Pura repousa justamente na análise e descrição realista, precisa e desviesada tanto quanto possível do funcionamento do

---

impressionante sua obra no final da vida, a *Allgemeine Theorie der Normen*, editada postumamente em 1979, o nonagenário – que trabalhava com escrupulo inabalado – ainda empreendia extensas modificações e acréscimos substanciais na sua teoria” (KELSEN, *op. cit.*, p. 4-5).

<sup>47</sup> KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011b, p. 3-8.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 9

<sup>49</sup> KELSEN, 2011a, p. 108.

<sup>50</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 387-398.

Direito Positivo Moderno, estruturado a partir da distribuição funcional de competências. A teoria não descarta da existência de uma passagem de compreensão estática para uma visão dinâmica do modo de realização do Direito, instrumentalizada, ainda, pela possibilidade de criação e aplicação em todos os níveis da estrutura escalonada.

E, muito embora a provável intenção de Kelsen não tenha sido conferir legitimidade a um solipsismo ou voluntarismo autoritário dos juízes na aplicação do Direito, é certo que a junção do ato de conhecimento para a fixação das balizas das possibilidades da aplicação da lei na moldura jurídica, com o ato de vontade do aplicador do Direito (e que refoge, num primeiro momento, às preocupações do Direito Positivo) na escolha dessas possibilidades ao caso concreto, permitiu aos magistrados observarem outros horizontes para a construção da norma individual no caso concreto, expurgando os malefícios do formalismo anacrônico. Como se vê, conquanto descreva o Direito como norma, a relação entre o conteúdo de ordenamento jurídico válido e o teor do ato social (que lhe corresponde) não era ignorada por Kelsen<sup>51</sup>.

Daí porque se mostra importante desmitificar os anátemas lançados em desfavor da referida obra, precisamente no sentido de que a pureza metodológica teria proscrito qualquer desvinculação dos magistrados a outros valores na interpretação e aplicação do Direito. Pelo contrário, o esforço central da teoria buscou conferir autonomia e cientificidade ao Direito, o que não se confunde, em qualquer contexto histórico, com a negação da própria realidade na aplicação dos textos legais.

Dito de outro modo, a compreensão hermenêutica adequada da Teoria Pura do Direito traz fecunda base epistemológica ao exercício da jurisdição atual, dispensando, por consequência, os discursos narrativos com linguagem fluida trazidos a lume por novas escolas de interpretação (em especial os neoconstitucionalistas). Tem, ademais, o mérito de viabilizar o aperfeiçoamento na efetividade da prestação jurisdicional, por meio da interpretação referente às alternativas concebidas no interior da moldura normativa.

### **3. Novos contornos da jurisdição constitucional**

Feitas essas considerações, saliento que a jurisdição constitucional ganhou contornos significativos somente a partir da Constituição de 1988,

---

<sup>51</sup> Conforme expressamente reconhecido por ele em sua autobiografia (KELSEN, 2011a, p. 30).

operando uma ruptura com todos os diferentes modelos adotados ao longo da história republicana. A sua origem pode ser atribuída ao Decreto 510/1890, sob a inequívoca influência do direito norte-americano<sup>52</sup>, o qual fixou os poderes e atribuições devidos aos respectivos órgãos jurisdicionais<sup>53</sup>, ampliados, na sequência, pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, e incluiu, pela primeira vez, o controle de constitucionalidade difusa das leis contrárias no texto constitucional<sup>54</sup>. A Constituição da República de 1891, por sua vez, reafirmou as competências previstas nos atos normativos pretéritos, com o acréscimo determinado pela EC 3/1926.

A jurisdição constitucional passa a ganhar novos significados para incorporar não apenas ferramentas e técnicas decisórias na fiscalização da constitucionalidade das leis à luz das determinações ambiciosas do Texto Constitucional de 1988, mas também para permitir, diante do recrudescimento da judicialização<sup>55</sup>, que institutos e técnicas hermenêuticas típicas de uma jurisdição ordinária possam contribuir para exortar uma solução mais condizente com uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e apta a resolver conflitos e disputas normativas entre os Poderes e os entes federativos.

Trata-se de um papel de coordenador que atribuo aos juízes e cortes, que não constitui novidade na história republicana, senão em relação ao seu titular<sup>56</sup>, e que decorre logicamente do desenho institucional democraticamente escolhido pelo legislador constituinte, secundado agora pelos múltiplos (e já citados) incentivos concedidos pelo Congresso Nacional.

---

<sup>52</sup> É o que se extrai, outrossim, da jurisprudência da STF da época. Confira-se, a propósito, trechos do voto do Ministro Pedro Lessa (vencido), no HC 3.539 em que se discutia a controvertida questão da constitucionalidade da decretação do estado de sítio. Cf. HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial*: Ministro Pedro Lessa. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2007. p. 99-101.

<sup>53</sup> Cf. Arts. 58 a 61.

<sup>54</sup> Cf. Art. 9º, II, parágrafo único, b.

<sup>55</sup> Veja-se, nesse cenário, que, segundo dados de uma pesquisa levada a cabo em maio de 2000, desde a vigência da Carta de Direito de 1988 até aquela data, 2.212 ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas perante a Suprema Corte. Por outro lado, ainda que o cenário institucional tenha se agravado a partir de 2020, os últimos 10 anos descortinam o recrudescimento da atuação do STF, com a distribuição exponencial de 2.384 ADIs até abril de 2021, sendo 625 julgadas definitivamente pelo Plenário neste período e 676 extintas monocraticamente. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF*: ADI. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>. Acesso em: jan. 2021).

<sup>56</sup> A Constituição de 1934, em seu art. 88, dispunha que: “Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência”.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a criação do Centro de Mediação e Conciliação (CMC), por meio da Resolução 697, de 6 de agosto de 2020, órgão responsável pela busca e implementação de soluções consensuais no STF, tanto para os conflitos pré-processuais como para questões processuais sujeitas à competência da Corte que “por sua natureza, a lei permita a solução pacífica”, é sinal dos novos ares da jurisdição constitucional. Mas não é só isso. A edição da Lei 13.655/2018<sup>57</sup>, que promoveu alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e da Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, reforçam definitivamente a intenção legislativa voltada à mudança dos vetores da jurisdição constitucional.

No plano jurisdicional, a busca por soluções heterodoxas parece encontrar uma nova perspectiva, com as devidas acomodações normativas, na jurisdição constitucional, especialmente em momentos de crises. Cite-se, v.g., a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 25, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, homologada em decisão plenária de 20 de maio de 2020, precedida, em data anterior, da criação de comissão especial, intermediada por representante da Suprema Corte, com a participação de representantes da União, dos Estados, Distrito Federal e do Tribunal de Contas da União (TCU) para a resolução do impasse. Foi obtido o ajuste, seguido do encaminhamento de projeto de lei complementar ao Congresso Nacional (aprovado posteriormente).

Nessa questão, destaque-se, ainda: (i) a flexibilização dos dispositivos legais da Lei de Responsabilidade Fiscal, a pedido do Poder Executivo, diante do contexto da pandemia da Covid-19 (ADI 6.357/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes<sup>58</sup>); (ii) a reafirmação do federalismo de cooperação (ADIs 6.341/DF, 6.343/DF e ADPF 672/DF); e (iii) no campo

---

<sup>57</sup> O art. 26 da Lei 13.655/2018 dispõe que: “Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no *caput* deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; [...] III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento”.

<sup>58</sup> Embora o Plenário do STF tenha reconhecido a perda do objeto diante da edição da Emenda Constitucional 106/2020, o relator havia concedido liminar, para “afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias em relação à criação/expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento

dos direitos fundamentais, o impedimento do compartilhamento de dados pessoais para órgãos do Estado (ADI-MC 6.387/DF).

Nessa mesma linha, Zagrebelsky (2008) rememora, ao promover distinção sobre o possível conteúdo da política, que o Tribunal Constitucional está inserido dentro dela, como um dos fatores decisivos da sua atuação, na condição de instrumento de convivência, e não numa competição entre atores políticos<sup>59</sup>. Com efeito, constituição e política, na acepção proposta, são os dois lados da mesma moeda. Assinala, a propósito, Stephen Breyer (2010), *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos, que a atuação histórica da Suprema Corte dos Estados Unidos trouxe parâmetros normativos em precedentes conhecidos para a limitação dos atos de governo, para o debate público e para garantir a viabilidade do próprio regime democrático<sup>60</sup>.

Paralelamente a tudo isso, verifica-se também que a preocupação com a adequada fundamentação das decisões judiciais está na órbita do legislador e dos magistrados, especialmente para evitar voluntarismos judiciais autoritários, conforme se depreende das disposições do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que foi pródigo em estipular medidas e prazos para assegurar a necessária fundamentação das decisões. É o que se extrai, por exemplo, do art. 489, § 1º, ao estabelecer que não se considera fundamentada a sentença, dentre as possíveis máculas, que emprega conceitos jurídicos indeterminados, sem explicitar o motivo concreto de sua incidência no caso.

#### 4. Conclusão

Diante desse quadro, a legítima expectativa de que o Poder Judiciário possa atuar no Brasil como instância dotada de múltiplos vetores, de coordenador político institucional a colaborador normativo, além de funções de apoio, de escolhas, de correção e revisão da constitucionalidade das normas<sup>61</sup>, não se manifesta somente em pressuposições de cláusula-

---

do contexto de calamidade gerado pela disseminação de COVID-19". Diante dos debates no Plenário, era muito provável que o STF ratificasse a liminar, caso a EC 106/2020 não tivesse sido promulgada.

<sup>59</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos: el Tribunal Constitucional y la política*. Tradução: Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2008. p. 37-41.

<sup>60</sup> BREYER, Stephen. *Making our democracy work: a judge's view*. New York: Vintage Books, 2010. p. 3-5.

<sup>61</sup> Faço menção à lição de Rui Medeiros sobre a supremacia da Constituição e seu papel de reger a atividade hermenêutica, sob quatro diferentes funções: "1º uma função de apoio ou de conformação de um

las abertas e do desenho institucional previstos na Carta de Direitos de 1988. Mas é constatável também na abdicação e delegação intencional, ainda que dissimulada e informal, das funções primárias de outros órgãos políticos, assim como a incorporação do léxico da democracia no próprio direito, que, embora condicionado pela política em sua origem, parece ter ganhado autonomia suficiente para controlar abusos que violem as regras do jogo e promover a autocontenção dos poderes.

Como se sabe, os Poderes Legislativo e Executivo exerceram protagonismos em distintos contextos históricos, precisamente nos séculos XVIII, XIX e XX, ao passo que o Poder Judiciário se manteve, em regra, à margem das decisões políticas no plano nacional até a construção do texto constitucional de 1988. O rompimento operado nos últimos anos exige alguma paciência nesta acomodação entre os Poderes.

Por sua vez, os magistrados e as cortes passaram a desempenhar um papel de destaque no cenário político nos últimos anos, devido ao aumento da provocação do STF para decidir sobre questões políticas e sociais de grande repercussão, especialmente nos momentos de crises ou tensões substanciais de todos os espectros. Isso torna ainda mais necessária a tarefa de aprofundar a compreensão do modo como a atividade jurisdicional e o papel dos juizes estão sujeitos a uma constante metamorfose.

Evidentemente que o presente ensaio não esgota a temática, mas pretende, ao revés, lançar algumas luzes sobre tal fenômeno. Isso não importa em ingressar na discussão sociológica do papel do magistrado no corpo social, mas, antes, enfatizar a possibilidade de constante revisitação da interpretação judicial, especialmente nos parâmetros delineados pela Teoria Pura de Kelsen, no espaço delimitado pela moldura normativa, por meio de atividade cognitiva (ato de conhecimento) e com adoção de valores constitucionais nas escolhas legítimas previstas, sem, contudo, desbordar em ativismo ou voluntarismo judicial.

E, nesse sentido, rememoro as lições clássicas do papel do magistrado, segundo entendimento de Dalmo de Abreu Dallari:

---

sentido da norma já sugerido pelos restantes elementos de interpretação; 2º uma função de escolha entre várias soluções que não se mostram incompatíveis com a letra da lei, servindo para excluir um sentido possível e para optar por um outro igualmente compatível com a letra da lei; 3º uma função de correção dos sentidos literais possíveis; 4º uma função de revisão da lei através da atribuição à Constituição de um peso decisivo e superior aos demais elementos tradicionais de interpretação” (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 301).

*Mas o juiz não decide nem ordena como indivíduo e sim na condição de agente público, que tem uma parcela de poder discricionário, bem como de responsabilidade e de poder de coação, para a consecução de certos objetos sociais. Daí vem a sua força. Além de tudo, é o povo, de quem ele é delegado, que remunera o trabalho do juiz, que acentua sua condição de agente do povo. Esse conjunto de elementos já seria suficiente para o reconhecimento do caráter político da magistratura, mas existem outros fatores que reforçam essa conclusão.<sup>62</sup>*

A conclusão possível neste momento retrata a viabilidade do aperfeiçoamento da função jurisdicional, ainda que de modo lento e fragmentado, quanto à sua forma de prover a tutela judicial (sem cair na tentação do solipsismo ou realismo jurídico), por meio da criação de novos modelos de decisão com o aval ou delegação expressa do Poder Legislativo, observando-se, para tanto, os parâmetros e balizas do texto legal. Evidente que imperfeições poderão ser corrigidas, mas o retrocesso judicial vinculado a uma aplicação do Direito desprovida de qualquer preocupação com as suas consequências se mostra muito nociva ao equilíbrio dos poderes constituídos.

## Referências

- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 44. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- BREYER, Stephen. *Making our democracy work: a judge's view*. New York: Vintage Books, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. São Paulo: Almedina, 2018.
- CONSTANT, Benjamin. *Political writings*. Tradução: Biancamaria Fontana. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

---

<sup>62</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 90.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio decadente? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 9, 1995.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 198, 1994.
- GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista: pensamento político*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russel, 2010.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HORBACH, Carlos Bastide. *Memória jurisprudencial: Ministro Pedro Lessa*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. Tradução: Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011a.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução: Alexandre Kurg et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011b.
- KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. *Lua Nova*, São Paulo, n. 88, p. 141/184, 2013.
- LEITE, Glauco Salomão; CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Desafios da Jurisdição Constitucional brasileira contemporânea. In: LEITE, George Salomão et al. (coord.). *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições!* Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das Leis*. Tradução: Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código civil*. Tradução: Adela Mora. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2004. Disponível Em: <https://bit.ly/3BQvejF>. Acesso em: jan. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF: ADI*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>. Acesso em: jan. 2021.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Tradução: Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições*. Tradução: Micheline Christophe. Rio de Janeiro: FGV, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Princípios y votos: el Tribunal Constitucional y la política*. Tradução: Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2008.