

O ativismo judicial à luz da separação de poderes e da crise do parlamento na idade contemporânea

*Rodrigo Augusto de Oliveira*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. A primazia do Poder Legislativo no modelo clássico da separação de poderes e o espaço diminuto reservado ao intérprete jurisdicional; 3. A crise contemporânea do Parlamento e a assunção de relevante papel político pelo Poder Judiciário; 3.1. As razões da constitucionalização de direitos, do incremento do controle jurisdicional de constitucionalidade e do ativismo judicial no segundo Pós-Guerra; 3.2. Politização da justiça à luz da Constituição Brasileira de 1988 e a jurisprudência “ativista” do Supremo Tribunal Federal; 4. Principiologia constitucional e os limites da criação judicial do direito; 5. Conclusões; 6. Bibliografia.

1. Introdução

O fenômeno da assunção de um papel político crescente por parte do Poder Judiciário, decorrência direta da judicialização da política, é um dos traços indelévels do constitucionalismo contemporâneo e disseminado mundo afora, consoante pioneiramente anotado, com a clareza habitual, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho², mas que não se confunde necessariamente com o ativismo judicial, um de seus possíveis e deletérios efeitos.

Por politização da justiça entende-se a atribuição aos juízes de novas funções de natureza política por expressa previsão da Constituição ou em decorrência da abertura conferida por suas normas, havendo, destarte, autorização bastante por parte do constituinte originário

¹ Mestre e doutor em Direito do Estado. Professor Assistente da Escola Paulista da Magistratura.

² Judicialização da política e politização da justiça. Revista de Direito Administrativo, v. 198, out./dez. 1994. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. cap. 13, p. 189-217.

para que venham a perseguir, v.g., a concretização de determinadas decisões políticas fundamentais plasmadas na Carta Maior³, ao passo que o ativismo judicial implicaria, ao contrário, o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo ordenamento, verdadeiro abuso e manejo desarrazoado de natureza político-jurisdicional, ou, na precisa definição de Elival da Silva Ramos⁴, a

[...] ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. [...]

Não obstante se cuidem de realidades distintas, é inegável que estão imbricadas, tanto na geração como no desempenho, na medida em que uma maior abertura política do Judiciário quanto ao processo de consecução de políticas governamentais (transferência, em seu favor, por determinação da Constituição ou a partir da interpretação judicial de seus preceitos, de decisões usualmente atribuídas aos demais poderes de Estado) favorece sobremaneira o ativismo judicial, ao passo que, originalmente, foram atitudes judiciais ativistas que vieram

³ Tarefa útil quando se trata de harmonizar vinculação e flexibilidade de Constituições que, como a brasileira, gravam garantias sociais em normas sobre as quais recai forte pressão para que sejam reputadas meramente programáticas, tomando-se-as como não plenamente atendíveis no atual estágio de desenvolvimento do país, meros mandados de otimização a serem ponderados ao lado de outros princípios constitucionais e sujeitos à “reserva do possível” no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente requerer da sociedade em dado momento histórico. Gilberto Bercovicci critica a “inversão ideológica” do discurso oficial, pois os mesmos que consideram as Leis Fundamentais retrógradas naquilo que têm de compromissórias (direitos fundamentais sociais), aplaudem-nas quanto ao dirigismo das políticas de estabilização e à supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais. (A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 45, p. 79-89, 2007.). Não são outras as observações de Lenio Luiz Streck ao censurar a ideologia de que seria dirigente quando cuida dos interesses das camadas dominantes e mera carta de intenções ao discutir os interesses dos excluídos. (Constituição e hermenêutica em países periféricos. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues et al. (Org.). *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 197-218.).

⁴ *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-117.

a ampliar o papel político que lhe é tradicionalmente conferido pelo constitucionalismo, bastando citar o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, em que a Suprema Corte Americana reviu a política educacional dos “separados, mas iguais”, recomendando fosse extinta “com a mais deliberada pressa” e atribuiu aos juizes federais a incumbência de fiscalizar a implantação do novo sistema de ensino⁵.

Constata-se, dessa maneira, desde as últimas décadas do século XX, a inédita adoção de postura ativa por parte dos órgãos judiciais incumbidos da jurisdição constitucional, não mais adstritos ao singelo dogma do “legislador negativo”, cunhado por Kelsen no Anteprojeto da Constituição Austríaca de 1920⁶, seja ao alterar e “corrigir”, por via exegética, o sentido de dispositivos inquinados de inconstitucionalidade, de molde a inovar a ordem jurídica⁷, seja, indiretamente, ao sinalizar e apontar de maneira impositiva aos demais Poderes eventuais falhas perpetradas pelo legislador ou pelo Constituinte derivado a serem ulteriormente sanadas, o que, de per si, como se pretende demonstrar mais à frente, não representa violação ao princípio da separação de poderes, desde que o faça de modo racional e firmemente embasado em pauta principiológica albergada pela própria Constituição, a par de observados determinados limites argumentativos, quando então restarão preservados os escopos maiores de garantia da liberdade dos indivíduos e de limitação do arbítrio estatal patrocinados pela doutrina da tripartição, superando-se o próprio déficit de legitimidade democrática oposto à magistratura.

⁵ Mesmo após a decisão do colegiado, forças opositoras hostis foram capazes de neutralizar sua implementação prática por pelo menos uma década. (HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge:Harvard University Press, 2007. p. 208.).

⁶ Segundo o qual, a partir da distinção entre questões políticas, de um lado, e de constitucionalidade, de outro, seria vedado ao Tribunal Constitucional, carente de legitimidade democrática, por não eleitos os seus membros, substituir o Executivo ou o Parlamento por ocasião do controle de constitucionalidade, não lhe sendo dado avaliar as motivações que impulsionaram o legislador ou o administrador prolatores da norma guerreada, e, muito menos, sugerir ou impor, via interpretação modificativa do conteúdo do texto controlado, determinada opção política, abstendo-se de influir na direção política do governo e restando-lhe quando muito desfazer as opções equivocadas em face da Constituição, mas jamais criar ou ditar regras de conduta em lugar daquelas reputadas verticalmente incompatíveis. No campo constitucional, todavia, diante da dificuldade em se separar claramente o “político” do exclusivamente “jurídico”, salta à vista a insuficiência da metáfora da “Constituição-moldura”, a que teoricamente incumbiria impor certos limites à atividade legislativa, cujo espaço interno seria soberanamente determinado pelo Parlamento, enquanto ao Judiciário caberia apenas verificar se o legislador respeitara as fronteiras do “quadro”, desfazendo algumas escolhas, se o caso, mas sem controlar a forma por que seu interior fora preenchido, campo reservado à política parlamentar.

⁷ Como observa Gilmar Ferreira Mendes, “Não raras vezes o Tribunal rompe com esse papel de legislador negativo, estabelecendo a única interpretação compatível com o texto constitucional”. (*Controle concentrado de constitucionalidade – comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 499.).

Por outro vértice, pese embora a pacífica admissão pelo direito constitucional hodierno da flexibilização das três cláusulas-parâmetros em que desdobrado o princípio em comento (independência e harmonia, indelegabilidade e inacumulabilidade de funções), não é menos verdadeira a advertência tecida por Anna Cândida da Cunha Ferraz⁸ de que a interferência de um poder sobre o outro somente será admissível quando aspirar à realização da ideia-fim (garantia das liberdades e limitação do poder político), não podendo objetivar ou redundar em simples dominação, com o que uma ampliação desmesurada e inconsequente das exceções à regra da inacumulabilidade levaria ao completo esvaziamento do conteúdo da separação de poderes, tornando-a meramente nominal.

Assim, se na visão clássica não incumbia ao Poder Judiciário desempenhar papel de cunho político, por não lhe ser dado senão dirimir conflitos entre particulares e punir delitos, disto decorrendo a supremacia do Legislativo, foi o liberalismo igualmente responsável por situar a magistratura na desconfortável posição de mera “boca da lei”, não se encontrando, em absoluto, na raiz do constitucionalismo, a figura de um juiz que, a par de imparcial e isento, apresentar-se-ia concomitantemente subserviente, um mero autômato aplicador do direito de olhos vendados, inclusive para as injustiças da lei, vivendo-se hodiernamente os movimentos opostos e correlatos de “judicialização da política” e “politização da justiça”, motivo por que incumbe aos operadores jurídicos delinear, o mais precisamente possível, quais os limites a partir dos quais o processo de interpretação constitucional degradingola em ativismo judicial e conseqüente insegurança no trato jurídico-decisório.

Assentado o panorama temático retro, pretende-se retratar uma das vertentes do ativismo judicial, a saber, enquanto produto da crise experimentada pelo império da lei e pelo Legislativo na Idade Contemporânea, diante da “falência” generalizada dos Parlamentos⁹ e de sua incapacidade de responder aos hodiernos reclamos governamentais e da população em geral, que culminaram com a transferência da tomada de decisões políticas fundamentais, antes afeitas à arena democrático-majoritária, para a seara judiciária, a par de suas imbricações à vista do princípio da separação dos poderes.

Para tanto, partir-se-á da posição de primazia reservada ao Legislativo por Montesquieu em seu esboço teórico tripartite (item 2),

⁸ *Conflito entre poderes* – o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 14.

⁹ A expressão é de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14.

prossequindo em direção ao declínio parlamentar pós-moderno (item 3) e das razões conducentes à constitucionalização de direitos e ao incremento da revisão judicial do segundo pós-guerra (subitem 3.1), sem descuidar da manifestação do fenômeno da politização da justiça à luz da Constituição brasileira de 1988 (subitem 3.2) e das implicações trazidas pela principiologia por si albergada enquanto propulsora de poder normativo-judicial atípico (item 4), a fim de se tecer conclusões finais sobre a matéria (item 5).

2. A primazia do Poder Legislativo no modelo clássico da separação de poderes e o espaço diminuto reservado ao intérprete jurisdicional

Partindo da multissecular idealização de um modelo misto e moderado de governo composto por formas políticas cujas virtudes tenderiam, se elevadas a um grau máximo de pureza, a degenerar em despotismo (monarquia), demagogia (democracia) e tirania (aristocracia), como se passara na Grécia Antiga, na República Romana e na Idade Média, parte Montesquieu sob o influxo teórico de Bolingbroke¹⁰, de obter-se um contrapeso entre forças opostas com vistas a distinguir entre os principais campos de atuação do Estado, que não deveriam atuar isoladamente, mas de maneira equilibrada e harmônica, logrando qualquer deles (Monarca, Câmara Alta ou Câmara Baixa) frear os demais.

No capítulo VI, do Livro XI, do *Espírito das Leis*, intitulado “da Constituição da Inglaterra”, o francês sistematiza, em 1748, a famosa teoria da diferenciação entre três espécies de poderes ou funções estatais: a) o Legislativo, por meio do qual o príncipe faz as leis ou corrige e revoga as existentes (noção distanciada da atual produção de normas em série); b) o Executivo das coisas que dependem do direito das gentes (*ius gentium*), ao qual se atribui a celebração da guerra e da paz, o envio e o recebimento de embaixadas, o estabelecimento da segurança e a prevenção das invasões, ou seja, a Chefia do Estado, e, finalmente; c) o Executivo das coisas que dependem do direito civil (*ius civile*), designado “poder de julgar”, por meio do qual a magistratura pune os crimes e resolve as querelas dos indivíduos¹¹.

¹⁰ *The idea of a patriot king*, 1738 e *Dissertation on parties*, 1733, em que lança pioneiramente mão de expressões como “freios”, “controles” e “retenções e reservas recíprocas”, donde ser indicado por Schmitt, apud, como o efetivo idealizador da doutrina teórico-constitucional do equilíbrio entre os poderes políticos. (*Teoría de la constitución*. 6. ed. Madrid: Alianza, 2009. p. 187.).

¹¹ *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962. p. 181. (Coleção Clássicos Garnier).

O segundo deles, por demandar ação momentânea e ser mais bem administrado por um que por muitos, permaneceria nas mãos do Monarca, igualmente participe da atividade normativa mediante aposição de veto insuperável aos projetos de lei.

Definindo a liberdade política como a tranquilidade de espírito decorrente da opinião que cada indivíduo possui sobre a própria segurança, e partindo da constatação de que todo homem é tentado a abusar do poder que lhe é confiado, Charles Louis de Secondat diz-se contrário à reunião das funções legislativa e executiva em uma só pessoa ou instituição, pelo receio de que “o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente”, atingindo-se idêntico resultado acaso o poder de julgar não seja apartado das atividades normativa e executiva:

[...] Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. [...] Entre os turcos, onde esses três poderes estão reunidos na pessoa do sultão, reina um despotismo horroroso¹².

Daí desenhar as linhas fundamentais indispensáveis à garantia da liberdade do indivíduo: um governo moderado que combine as vantagens da monarquia (governo de um), da aristocracia (de alguns) e da democracia (de muitos), a partir de divisão funcional do poder entre o Rei, o Parlamento e os Juizes em um plano de igualdade reforçado por mecanismos de freios e contrapesos, forçando-os a caminhar “de concerto”, sob pena de inação¹³.

¹² Idem.

¹³ Cezar Saldanha Souza Júnior desnuda o hiato entre o modelo teórico e a realidade inglesa que lhe inspirara, uma vez que, conquanto apartados funcionalmente, os órgãos políticos (Rei, Casas Legislativas e Altas Cortes) funcionavam no mesmo espaço institucional (o Parlamento), havendo hierarquia formal entre si, dado ter o Rei resguardado a prerrogativa de agir como autoridade de última instância, como “fecho da abóboda sociopolítica”, em defesa das instituições e da liberdade, fator olvidado pelo Barão de La Brède, que a substituiu pelo dogma liberal de que a liberdade bastaria por si só. (*O tribunal constitucional como poder – uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 56-60.).

Um Estado livre exige que o povo detenha o Poder Legislativo, o que, por impossível nos grandes e sujeito a vários inconvenientes nos pequenos, demanda sua representação por indivíduos capazes de discutir os negócios públicos (o povo não o seria por defeito de formação intelectual, um dos “graves inconvenientes da democracia”) e responsáveis pela elaboração das leis e fiscalização de sua execução, sendo eleitos censitariamente em cada localidade da nação, cediço que “conhecemos muito melhor as necessidades de nossa cidade do que as das outras e julgamos melhor da capacidade de nossos vizinhos do que das capacidades de nossos outros compatriotas”¹⁴.

Para que a minoria dignificada pelo nascimento, riqueza ou honraria não se visse escravizada pela maioria, o Legislativo seria confiado tanto à nobreza (Senado) como ao corpo escolhido para representar o povo, “cada qual com suas Assembleias e deliberações à parte e objetivos e interesses separados”, incumbindo, excepcionalmente, à porção composta pela primeira o julgamento dos poderosos (prenúncio do hoje severamente criticado “foro privilegiado”), naturalmente expostos à inveja, com a previsão da figura do *impeachment* para a hipótese de algum cidadão violar os direitos do povo nos negócios públicos, quando então caberia a seus representantes funcionarem como acusadores e aos nobres remanescentes acolherem ou não a denúncia apresentada, a fim de não rebaixar o Parlamento diante dos tribunais compostos por pessoas comuns, evitando funcionasse o povo concomitantemente como juiz e acusador, abuso recorrente nas repúblicas antigas.

Já o poder ordinário de julgar, alcunhado de “invisível e nulo”, seria outorgado a tribunais temporários recrutados junto à população, temendo-se, porventura, o poder da Magistratura, mas não o dos magistrados, ao passo que, nos grandes processos, o demandado poderia escolher julgadores de mesma condição social¹⁵, atentando-se, outrossim, à proveitosa uniformização dos julgados: “se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam

¹⁴ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de. Op. cit., p. 183.

¹⁵ Até o início do século XVIII e o Ato do Estabelecimento, de 12 de junho de 1701, a função judicial na Inglaterra estava inserida no Poder do Rei e os juizes não gozavam de independência funcional, pois somente conservavam seus cargos enquanto contassem com o beneplácito real. (SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder – uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 53.). Segundo o mesmo autor, a conditio sine qua non, que viabilizou a supremacia do direito sobre a esfera política, permitindo o surgimento do Estado de Direito, de um novo ramo do direito, o Constitucional, do controle jurisdicional da administração e da própria constitucionalidade das leis, foi justamente a independência assumida pelos Juizes frente ao Executivo e ao Legislativo. (Idem, p. 62).

mais do que um texto exato da Lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”¹⁶.

A fim de que pela própria natureza das coisas “o poder freie o poder”, o equilíbrio seria obtido através do manejo das faculdades de impedir (direito de anular uma resolução tomada por outro poder) e estatuir (direito de ordenar por si mesmo ou corrigir o que foi ordenado por outrem), logrando exemplificativamente o Executivo vetar proposições do Legislativo no intuito de evitar se tornasse despótico, não obstante coubesse a este último fiscalizar a execução das leis elaboradas: “Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo, sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo que o será, por sua vez, pelo legislativo”¹⁷.

Trata-se de um sistema ideal de governo misto, em que o rei representa o elemento monárquico, a câmara alta, o aristocrático e a baixa, o democrático, todos eles combinados para evitar degeneração institucional e abuso de poder¹⁸.

No que de mais perto interessa ao tema explorado no presente, o poder de julgar seria, por sua vez, neutralizado em si mesmo, seja pelo modo de formação dos tribunais, a saber, temporariamente, por pessoas do povo, via sorteio, em procedimento análogo ao dos júris modernos, seja pelo modo de decidir dos juízes¹⁹, não dotados de qualquer papel criador, mas adstritos à letra da lei:

[...]

Poderia acontecer que a lei, ao mesmo tempo clarividente e cega; fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são,

¹⁶ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de. Op. cit., p. 183.

¹⁷ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de. Op. cit., p. 186 e 188. Acrescenta José Levi Mello do Amaral Júnior que a função de fiscalizar a execução das normas sempre foi a tarefa primordial dos Paramentos, que surgiram entre os séculos XI e XIII “para controlar o poder real. Somente mais tarde, a partir do século XV, é que começam a adquirir competência legislativa”, ao passo que a mútua faculdade de impedir pressupunha um Legislativo bicameral em que somente a coincidência de vontades entre câmara alta (nobreza) e baixa (representantes do povo) permitia-lhe estatuir, a despeito de eventual e ulterior oposição de veto insuperável pelo monarca. (Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de “O Espírito das leis”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 868, p. 60 e 63, fev. 2008.).

¹⁸ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Op. cit., p. 63.

¹⁹ Tércio Sampaio Ferraz Júnior ressalta a neutralização política do Judiciário na aplicação do direito na concepção original da divisão dos poderes. (O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 9, p. 41, 1995.).

como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor. [...]”²⁰

Significa dizer, junto de José Levi Mello do Amaral Júnior²¹, que

[...] Na lógica de *O espírito das leis* o poder de julgar encontra limite na própria formulação da lei a aplicar. A sentença do julgador já está na lei. O poder de julgar limita-se a realizá-la em concreto. Montesquieu objetiva, com isso, garantir segurança jurídica, porque, do contrário, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”

de modo que não se deixa qualquer margem de liberdade ao juiz por ocasião da aplicação das leis, adstrito que está a executá-las, ao conhecer dos fatos e aplicar-lhes o correspondente dispositivo legal²².

A viger referida concepção clássica do princípio da separação de poderes, salta à vista o reduzido, senão nulo, espaço criativo franqueado ao julgador no desempenho de suas atribuições funcionais, afastando-se a possibilidade de qualquer manifestação ativista, do que resulta a máxima repetida em doutrina de que, em sede de controle de constitucionalidade, o magistrado atuaria exclusivamente como “legislador negativo”, ou seja, limitando-se a declarar a nulidade dos atos normativos inquinados em face da Constituição, mas jamais como “positivo”, por não lhe ser dado suprir omissões ou corrigir falhas da legislação confrontada, precisamente para que não viesse a cair na tentação de inovar a ordem jurídica, carente que é de legitimação democrática por tanto.

Não é outra a lição de Bobbio, de que,

[...] segundo Montesquieu, a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei: ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer sua

²⁰ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de. Op. cit., p. 187.

²¹ Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de “O Espírito das Leis”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 868, p. 57, fev. 2008.

²² O art. 3º, do Capítulo V, do Título III, da Constituição francesa de 1971 proíbe expressamente os tribunais de se imiscuírem no exercício do poder legislativo ou suspenderem a aplicação das leis, enquanto o art. 89 da Constituição federal austríaca de 1920 vedava-lhes a apreciação da relação de compatibilidade das leis ordinárias com as prescrições constitucionais.

fantasia legislativa, porque se ele pudesse modificar as leis com base em critérios equitativos ou outros, o princípio da separação de poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e próprio e o juiz que poria sub-repeticionalmente suas normas, tornando assim vãs as do legislador²³.

Tanto assim que Mauro Cappelletti, refletindo sobre referida ideologia patrocinadora da onipotência da lei, da igualdade formal dos cidadãos e da rígida tripartição das funções estatais, segundo a qual os magistrados atuam de maneira estritamente mecânica e nada criativa, aduz ser significativa a instituição do Tribunal de Cassação francês, aos 27 de novembro de 1790, como um “órgão não judicial de ‘controle constitucional’, em outras palavras, órgão colocado junto do poder Legislativo [...] para evitar que os órgãos judiciários, no exercício de suas funções, invadissem a esfera do poder Legislativo, subtraindo-se à estreita e textual observância das leis”²⁴, cuja função precípua seria, pois, impedir que a interpretação das leis caísse na esfera de pessoas não pertencentes ao Parlamento, típica expressão da desconfiança nutrida pelos legisladores revolucionários em relação aos juizes então originários da nobreza, diversamente dos parlamentares eleitos pelo voto popular censitário.

Consectários do desenho institucional da separação de poderes, encampado pelo Estado de Direito Legislativo, vigente ao longo dos séculos XVIII e XIX, a supremacia do Parlamento e o princípio da legalidade viram-se alçados à condição de garantias contrárias ao arbítrio, em prol de um governo de leis e não de homens, arquétipo consentâneo ao anseio burguês de proteger as conquistas experimentadas com as revoluções liberais, inclusive perante a corrompida magistratura do antigo regime, pese embora não se encontrasse, em absoluto, na raiz do constitucionalismo antigo a figura de um julgador que, a par de imparcial e isento, apresentar-se-ia subserviente aos abusos perpetrados pelo legislador, um reles autômato de olhos vendados, inclusive para as injustiças da lei que aplicaria cegamente.

Em reação à tão antiquada posição albergada pelo positivismo jurídico, espria-se correntemente o movimento oposto, caracterizado

²³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico* – lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1996. p. 40.

²⁴ *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 40.

pela judicialização da política e pela politização da justiça²⁵, via manipulação dos princípios insertos nas Constituições do pós-guerra, urgindo, destarte, buscar a segurança de um ponto de equilíbrio, um

²⁵ O que gera situações pitorescas como a veiculada pela jornalista Dora Kramer no artigo “Politização da Justiça”, publicado no Caderno Nacional A6, do jornal O Estado de São Paulo, edição de sexta-feira, 11 de fevereiro de 2011: para cumprir promessa de campanha acaso eleito presidente da Câmara dos Deputados, a saber, diante do grande número de candidatos eleitos licenciados para ocuparem postos nos Poderes Executivos da União e dos Estados, de manter o critério tradicionalmente adotado pela direção da Casa, consistente em empossar os suplentes, porém preferindo os mais votados pelas coligações partidárias àqueles por cada qual das legendas isoladas, a despeito de diversas decisões em contrário tanto do Tribunal Superior Eleitoral como do Supremo Tribunal Federal, o deputado petista Marcos Maia, sob o sofisma de que, se a coligação vale para a distribuição das 513 cadeiras entre os parlamentares titulares, deveria igualmente ser utilizada quanto à nomeação dos suplentes, iniciou, com forte apoio entre os congressistas, movimento pela votação de Emenda Constitucional que driblasse a proibição da Justiça Constitucional e Eleitoral, desconcentes com o que consideram ilegítima tendência de “judicialização da política” sempre que pretendem adequar as leis às suas vontades, propositalmente homiziada a intenção de subordinarem o princípio da legalidade a seus interesses pessoais e promoverem “contra-ataque” representado pela “politização da justiça”. Idênticos os motivos que levaram o deputado Nazareno Fonteles (PT-PI) a apresentar à Câmara a PEC 33/2011, aprovada perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, versando sobre a extensão ao Congresso Nacional da faculdade de sustar julgados *erga omnes* e vinculantes emanados do Supremo Tribunal Federal, sempre que, a juízo exclusivamente “político” dos parlamentares, a Corte tenha supostamente exorbitado de suas atribuições constitucionais, constando sugestivamente da motivação do projeto a indignada forma de convocação dos suplentes, por não lhes agradar a obrigação de empossar os que figuram na cabeça da lista do mesmo partido do titular ao invés daqueles pertencentes à coligação, como sempre entendeu a Mesa da Câmara, restabelecendo, na prática, o anacrônico mecanismo previsto no parágrafo único do art. 96 da Constituição de 1937, em descabida analogia ao art. 49, inciso V, da atual, “desafortunadamente”, segundo o proponente, restrito aos “atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”, de molde a alegadamente pretenderem combater o ativismo judicial, preservar o “soberano” entendimento do Legislativo sobre determinadas matérias e cumprir a previsão constitucional de que cabe ao Congresso zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros poderes (cf. inciso XI do mesmo artigo da Constituição de 1988). Sobre o mesmo tema, conferir igualmente a reportagem de Carolina Pompeu e Renata Tôrres, da agência Câmara de Notícias, intitulada *PEC autoriza Congresso a sustar atos do Poder Judiciário*, disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/direito-e-justica/193958-pec-autoriza-congresso-a-sustar-atos-do-poder-judiciario>>, sopesando que vai ainda mais longe a reforma projetada ao submeter à chancela do Congresso Nacional o teor das súmulas vinculantes, cujo quórum de aprovação é elevado para onze ao invés dos atuais nove ministros (quatro quintos em vez de dois terços) do Pleno do STF, vindo sua eficácia sobrestada por 90 dias após a respectiva edição, sob pena de se considerarem aprovadas por decurso de prazo, majorar de seis para nove (três quintos da Corte) o número de ministros necessário ao reconhecimento da tese de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo normativo e à atribuição de efeitos vinculantes no bojo de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e ações declaratórias de constitucionalidade (ADC), em busca de “clara homogeneidade” no entendimento do Supremo, e, ainda, vedar a concessão de medida cautelar que suspenda liminarmente a eficácia de emenda constitucional, sob a escusa de que “Em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Judiciário vem deslocando do Legislativo boa parte do debate de questões relevantes, como as ações afirmativas de cotas raciais e a questão das células-tronco. [...] A súmula vinculante vem sendo utilizada como um ‘cheque em branco’. Há um desapego do Supremo aos contornos dos casos precedentes, bem como à necessidade de reiteradas decisões para que se edite uma súmula”, tratando-se, ademais,

meio-termo em que se divise as fronteiras a serem observadas pelo Judiciário no mister da jurisdição constitucional²⁶, entendida como a competência outorgada a certos órgãos para que realizem a interpretação de normas constitucionais com índole definitiva, constituindo o controle de constitucionalidade um de seus vieses, quiçá o mais importante, ao lado da garantia dos direitos fundamentais, da proteção das minorias, do reconhecimento dos valores ético-jurídicos da sociedade pluralista e da proscrição do arbítrio estatal voltados à garantia da supremacia da Constituição rígida, formal e escrita no ordenamento, de modo a evitar a disseminação de insegurança jurídica.

Resta perscrutar, igualmente, os motivos do abrandamento do arquetipo elaborado por Montesquieu e da conseqüente superação da supremacia do Parlamento via alargamento do controle de constitucionalidade, sequer previsto no modelo institucional tripartite, mas que a ele se amoldou com perfeição²⁷, sem prejuízo de necessária adaptação da separação de poderes aos contornos específicos a si outorgados pela ordem concreta de cada Estado.

de julgados despidos de legitimidade democrática, de modo que a nova regulamentação não violaria o princípio da separação de poderes. Interessante notar que, no tocante às súmulas vinculantes, acaso o Congresso se posicionasse contra a decisão do STF, a questão iria para consulta popular, porquanto, “Havendo divergências entre a posição dos juizes e dos representantes do povo, caberia ao próprio povo a última palavra. A opinião de apenas seis juizes, por mais cultos que sejam, não pode se sobrepor à soberania popular, pois conhecimento jurídico não é fator de legitimação popular”. Por certo, ignora o parlamentar proponente as explicações de José Afonso da Silva, de que o inciso V, do art. 49, da Constituição Federal praticamente não atinge o Judiciário, é porque este, por princípio, constitucionalmente, não possui qualquer poder normativo que possa afrontar a competência Legislativa do Congresso Nacional (*Comentário contextual à constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 411-412.), bem como que tal modalidade puramente “política” de controle de constitucionalidade dos atos do Executivo pelo Congresso (por decretos-legislativos dotados de efeitos ex nunc) não impediria, em absoluto, fossem os mesmos sujeitos à nova aferição de inconstitucionalidade pelo Judiciário, geralmente com efeitos ex tunc mais abrangentes, o que, por certo, perduraria e faria tábula rasa da sistemática pretendida.

²⁶ Gomes Canotilho a define como “o complexo de atividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes” (*Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 958.). Já Luís Roberto Barroso promove pequena variação terminológica, empregando a expressão “jurisdição constitucional” como o “gênero” de aplicação da Constituição pelos juizes e tribunais subdividido em “duas espécies”: a da aplicação direta da norma constitucional para regular dada situação concreta; e a indireta, ao funcionar como parâmetro de validade para o controle de constitucionalidade da legislação inferior. (*O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 3.).

²⁷ Para Nicola Matteucci a inovação americana consistente em estender aos juizes a faculdade de impedir (“*empecher*”) a aplicação, e, por conseqüente, fiscalizar a constitucionalidade das leis, deriva da justificativa de que, ao fazê-lo, não estariam se imiscuindo indevidamente no exercício da atividade parlamentar, nem tampouco suprimindo as normas reputadas inválidas, mas apenas lhes recusando

aplicação no caso concreto, ante a difusão do sistema. *Organización del poder y libertad*, Madrid: Trotta, 1998, p. 167-169, em que, após citar trecho da decisão proferida por Marshall no caso *Marbury v. Madison*, de 1803, síntese do constitucionalismo americano ao afirmar categoricamente o dever da Suprema Corte de examinar as leis do Congresso (“Si dos leyes están en desacuerdo entre sí, el Tribunal debe determinar el campo de aplicación de cada una de ellas. Así, si una ley está en desacuerdo con la constitución, el Tribunal debe determinar cuál de estas dos reglas en desacuerdo se aplica al caso. Esta es la verdadera esencia de la función judicial. Si el poder legislativo cambiase una norma constitucional, ¿el principio constitucional debería ceder ante el acto legislativo? De esta manera la particular fraseología de la Constitución de los Estados Unidos confirma y refuerza el principio, que se supone esencial a todas las constituciones escritas, de que una ley contraria a la constitución es nula, y que los tribunales, como las otras ramas del gobierno, están vinculados por este instrumento”), em paralelo à medieval dicotomia inglesa entre *gubernaculum* (prerrogativas reais, inclusive de criar o direito) e *iurisdictio* (poder de afirmá-lo e reconhecer sua validade em última instância), conclui que o germe da legitimidade do judicial review reside precisamente no fato de, em placas americanas, a *iurisdictio* limitar o *gubernaculum*: “en lugar del rey encontramos un proceso político democrático de una sociedad pluralista; en lugar de la vieja ley consuetudinaria, una constitución escrita, que contiene los derechos garantizados a los ciudadanos por un juez, que fija e declara la ley”. De fato, entre 1600 e 1640 o Parlamento inglês, sob a repisada condição de representante da nação, ansiava refrear o ilimitado poder do monarca de criar unilateralmente o direito (especialmente o de instituir impostos reservados para situações de emergência) e afirmar a prevalência da *common law* ao aprovar as *Petition of Right* de 1610 e 1628, defendendo Sir Eduard Coke, chefe da oposição parlamentar preso em 1621 por se negar a subscrever mais um empréstimo requisitado por Sua Majestade, a tese de que a *law of the land* bastaria para vedar a usurpação do patrimônio dos súditos, além de patrocinar, no período em que presidiu a *Common Pleas* (1603-16013), a ideia de que os magistrados nomeados pelo rei deveriam funcionar como leões voltados a custodiar mais propriamente os direitos dos cidadãos do que os da realeza, elaborando inédita proposta constitucional que lhes facultaria restringir as prerrogativas reais e impor ao Monarca certas proibições (pese embora o pensamento vigente de que somente ele poderia dizer a justiça enquanto vicário de Deus na terra, nada o impedia de delegar tal função a terceiros subordinados, não obstante a oposição do arcebispo de Canterbury, embasada no poder das Escrituras, à concessão de tal grau de autonomia e independência aos juízes), ordenanças (de caráter puramente administrativo, não constituindo autênticas fontes do direito inglês, sequer sendo criadas, senão resgatadas da *common law* pelos tribunais itinerantes representativos da Corte em suas andanças pelo reino a fim de reverem ou cancelarem as decisões impostas pelos senhores feudais locais, de modo que não a poderiam contrariar, e, acaso inevitável a edição de lei - *statute law*, competiria tal prerrogativa exclusivamente ao Parlamento) e decisões de observância obrigatória, como se dera no caso *Bonham*, primeira manifestação histórica de controle de constitucionalidade, ao afirmar que a *common law* regula os atos do Parlamento, e, por extensão, do próprio Rei, os quais, quando contrários ao direito e à razão comum, seriam considerados impossíveis, nulos e sem eficácia. O projeto de Coke estabelecia, dessa feita, a autonomia do poder judicial perante o Rei (Executivo), convertia o Parlamento em órgão legislativo supremo e transferia a função judicial aos tribunais (Judiciário) responsáveis por submeter tanto rei como o Parlamento ao império da *common law*, não escrita, produto da perfeição da razão natural presente em todos os homens e resultante de largo estudo, observação e experiência, atributos que a habilitavam a concretizar, segundo as circunstâncias particulares de tempo e lugar, os princípios gerais de Direito Natural, resolvendo-se eventual conflito instaurado entre uma norma ditada pelo rei ou pelo Parlamento (*statute law*) e a “*lei da terra*” em favor desta última. (Idem, p. 81-82 e 89-94.).

3. A crise contemporânea do Parlamento e a assunção de relevante papel político pelo Poder Judiciário

Deve-se a superação da primazia parlamentar, vigente ao longo do Estado de Direito liberal do século XIX, à paulatina transferência do poder político, antes concentrado em instituições representativas e majoritárias, para instâncias de cunho jurisdicional, consubstanciando os tribunais, na atualidade, sobretudo os constitucionais, corpos cruciais de produção de decisões políticas fundamentais, de modo a lançar por terra a ilusão de que se poderia porventura escapar da contingência da política mediante a singela opção por um sistema de controle de constitucionalidade estritamente jurídico, calcado em desejável esforço de autocontenção e no respeito irrestrito ao anátema do “legislador negativo”, supostamente bastantes a evitar o acirramento da zona de atrito naturalmente instaurada entre os poderes políticos por ocasião da verificação da compatibilidade das leis e demais atos normativos à Constituição.

Analisando a recente crise experimentada pelo Legislativo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho menciona que o primado do Direito, na acepção de “Justo”, deixou de ser identificado com o da lei, hoje onipresente, porém refém dos estigmas da leviandade, abundância e transitoriedade, decorrendo o declínio de seu prestígio da politização do respectivo processo de elaboração, ao passo que também o modo de escolha dos parlamentares os tornara insensíveis à ponderação e à cultura, senão tendentes à demagogia e à advocacia em causa própria²⁸.

Ademais, o processo legislativo clássico não se mostrou apto à tarefa de estabelecer normas voltadas à direção da economia e à realização das metas perfilhadas pelos partidos políticos, revelando-se a batalha em torno da lei incompatível com a planificação necessária à satisfação das exigências do Estado do Bem-Estar Social, em que a economia é dinâmica e sujeita a fatores imponderáveis, demandando flexibilidade de intervenção incompatível com a rigidez normativa, de modo que, na prática, cada grupo social busca a alteração dos projetos de lei nos pontos que atingem seus interesses diretos, além de existirem matérias que demandam conhecimento especializado não encontrado nas assembleias parlamentares ou não condizentes com morosa deliberação congressual aberta ao debate, à obstrução e ao sigilo, disto também derivando o crescimento da delegação legislativa e da

²⁸ *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11-15.

consequente assunção de função normativa atípica por parte do Poder Judiciário.

Com efeito, deixando o legislador de fazer frente às necessidades da população, grassou ao longo do século XX a repartição da função normativa entre o Executivo onipotente do Estado Social intervencionista e o Judiciário ativista e criador de direito novo, a ponto de urgir a própria substituição, e não mais singela revisão, do processo legislativo, tendo em conta as inéditas e diferentes funções que deve desempenhar: a) de arbitragem entre os grupos que estruturam a sociedade (as Constituições liberais ingenuamente supunham que os parlamentares apenas declarariam válido o direito formado no seio social, precisando o alcance e conteúdo de suas normas e eliminando dúvidas interpretativas); b) de impulsão para a realização do bem-estar coletivo, sem predominância absoluta dos interesses de um grupo sobre os demais, mediante conciliação de pretensões e ponderação imparcial contida em norma escrita que garanta a objetividade da Justiça, ao contrário do panorama vigente, em que o detentor do poder se assenhora do Estado e normatiza em causa própria, de maneira efêmera, independente de conteúdo e particularista de intenções, tomando a lei como simples trunfo ou instrumento de opressão, fruto de acordo transitório que não se impõe pelo convencimento, mas pela força²⁹.

A própria lógica interna da democracia, assentada na tripartição funcional do poder, ao invés de cometer a harmonização de interesses sociais antagônicos aos do Legislativo, desvinculando seus representantes de pretensões rasteiras dos eleitores em prol do bem-estar geral, acabou por privilegiar os particularismos de grupos variados, institucionalizando a competição pelo poder cuja conquista franqueia, na prática, o caminho para a aprovação de legislação voltada ao atendimento apenas das mesquinhas intenções do governante de plantão.

Esboroou, outrossim, a identificação do Parlamento com a ideia da defesa da liberdade e da democracia, porquanto, se antes encarnava a manifestação da vontade do povo em repúdio ao absolutismo, via eleições não existentes quanto à escolha do monarca e demais magistrados originários da nobreza, nos dias que correm também a Chefia do Estado deriva de sufrágio, tanto no parlamentarismo como no presidencialismo.

Disto tudo exsurge inédita postura ativa por parte dos intérpretes jurisdicionais, que deixam de aplicar a lei de maneira puramente mecânica e passam a influenciar o ordenamento, fenômeno não

²⁹ Idem, p. 267-268.

necessariamente conducente a um “governo de juízes”, sendo improvável, e, de resto, incontornável, nas palavras de Ferreira Filho³⁰, que os magistrados façam prevalecer opiniões políticas ou pessoais por sobre as da representação popular plasmadas nas normas, mas que está a merecer considerações complementares à luz da evolução da doutrina da tripartição funcional do poder.

3.1. As razões da constitucionalização de direitos, do incremento do controle jurisdicional de constitucionalidade e do ativismo judicial no segundo Pós-Guerra

Consoante ensinamento de Ran Hirschl³¹, o movimento de constitucionalização de direitos e o fortalecimento do sistema de revisão judicial em detrimento do Parlamento acompanharam alguns acontecimentos históricos: a) a reconstrução de determinados países (caso da Constituição japonesa de 1946, da Constituição italiana de 1948 e da criação de sua Corte Constitucional no mesmo ano; da adoção da Lei Fundamental de Bonn em 1949, acompanhada da instituição do Tribunal Constitucional Federal Alemão; da promulgação da Constituição francesa de 1958 e do estabelecimento do Conselho Constitucional); b) a independência colonial havida em tantos outros, como a Índia em 1947, Ghana em 1957, Nigéria em 1959 e Kenya em 1960; c) a transição de regimes autoritários ou semidemocráticos à democracia (Declaração de Direitos de 1993 e Criação da Corte Constitucional da África do Sul em 1995; Constituição da Grécia de 1975; de Portugal de 1976; da Espanha de 1978; da Nicarágua de 1987; do Brasil de 1988, da Colômbia de 1991; do Peru de 1993 e da Bolívia de 1994); d) a transição para um modelo ocidental e de economia de mercado (criação do Tribunal Constitucional Polonês em 1986; da Corte Constitucional Húngara em 1989-1990; da Corte Constitucional

³⁰ Idem, p. 287: “Esse mal, todavia, é de ocorrência improvável. Ferguson e Mac Henry demonstram claramente como o caráter prepotente da Suprema Corte americana, durante a primeira parte do New Deal, que é o exemplo predileto dos acusadores do controle de constitucionalidade, se deveu a vários fatores conjugados, sem precedentes anteriores e extremamente difíceis de reproduzirem. Ademais, o risco de o juiz fazer prevalecer suas opiniões mediante a interpretação da lei é um mal sem remédio. Napoleão quis impedi-lo, exigindo o respeito literal aos textos, e não o conseguiu, como ninguém o conseguirá, já que os termos da lei não poderão ser todos unívocos. Em última análise, o que a lei dispõe é sempre o que o mais alto tribunal vê disposto na lei, qualquer que possa ser o seu sentido e alcance para os outros, para os de fora”.

³¹ *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 7-8.

Russa em 1991 e inauguração da revisão judicial na República Checa em 1993); e) a incorporação de normas de direito internacional, transnacional ou supranacional pelo ordenamento interno dos países (da Convenção Europeia de Direitos Humanos pela Dinamarca em 1993 e pela Suécia em 1995); f) nenhuma das hipóteses anteriores (reformas constitucionais da Suécia em 1979 e do México em 1994).

Constata-se, destarte, desde logo, a existência de sólido vínculo entre a recente expansão mundial de regimes democráticos e o incremento da faculdade de controlar a constitucionalidade dos atos estatais instrumentalizados por leis e atos normativos através de Cortes Constitucionais autônomas e independentes, fenômeno politicamente construído e para cuja explicação se pode lançar mão de teorias dos mais variados matizes.

Segundo uma concepção evolucionista, a invasão da esfera política e a transferência de competências legislativas e executivas ao Judiciário seriam fruto da universalização da prioridade absoluta dos direitos humanos havida após o segundo conflito bélico mundial, forte na difusão da premissa de que a democracia não se satisfaz com a regra da maioria, devendo, concomitantemente, proteger as minorias mediante a inscrição de seus direitos em Constituições escritas, rígidas e imodificáveis por maiorias parlamentares ocasionais, donde incumbir aos juízes, supostamente livres de pressões político-partidárias, reforçar tais garantias.

Já uma teoria funcionalista sugere que a expansão do poder judicial deriva de um problema político orgânico e estrutural, qual seja, a existência de um sistema político descentralizado, fraco e pouco funcional em face do qual a constitucionalização de direitos e o controle jurisdicional que a acompanha são considerados a melhor maneira de superar crises de governabilidade, por permitirem que grupos de oposição monitorem políticos desacreditados, que se outorgue à Corte Constitucional autoridade para fiscalizar a legislação primária, os acordos políticos fundamentais da nação e os atos administrativos do governo e ao atribuírem ao Judiciário a incumbência de exigir dos demais poderes determinada atuação positiva em busca dos fins inscritos na Lei Fundamental, em lugar da usual atitude passiva de mero solucionador de conflitos entre particulares.

Também sob o viés econômico, uma maior intervenção dos juízes assemelha-se vital à garantia da previsibilidade necessária ao investimento e à credibilidade dos agentes financeiros, assegurando a existência de leis previsíveis que governem o mercado, protejam o capital e o direito de propriedade, além de limitar a intervenção governa-

mental e conferir retaguarda à liberdade econômica, sopesados os preceitos neoliberais da desregulamentação econômica, do amplo acesso aos mercados, do hiperindividualismo, da responsabilidade fiscal e da eficiência, que constituem o discurso hegemônico das principais Cortes Constitucionais mundiais.

O mesmo se pode dizer quanto à estabilidade política e à normalidade sucessória governamental, bastando mencionar que a probabilidade de intervenção judicial é geralmente baixa quando um partido espera vencer eleições repetidamente, buscando, na situação oposta, dotar de independência máxima o Poder Judiciário, na esperança de que o governo da oposição não consiga influenciá-lo para atingir seus objetivos políticos, de forma que o avanço judicial sobre a esfera político-legislativa gera tranquilidade aos perdedores e facilita a transição democrática.

Curioso é constatar que, diferentemente do que apregoa (combate aos interesses egoísticos da legislatura e da administração), o crescimento da intervenção judicial na esfera política se explica principalmente pelo fato de que a “juristocracia” traz mais benefícios que prejuízos às classes sociais dominantes, resultando de um jogo estratégico entabulado entre três grupos específicos: a) as elites políticas ameaçadas, que buscam manter a hegemonia excluindo seus privilégios das vicissitudes do âmbito político-democrático, dado possuírem amplo acesso à arena judiciária, compensando-lhes transferir à Corte Constitucional o poder de decidir sobre determinadas matérias sensíveis sob os auspícios de ilibada reputação técnico-profissional e imparcialidade política, quando já sabem que seus interesses serão aí menos efetivamente contestados pela pressão popular do que na seara parlamentar, ao passo que a parcela de poder “renunciado” restaria descontada das restrições impostas aos grupos políticos rivais; b) as elites econômicas, que veem na constitucionalização de direitos, como o de propriedade, o meio de preservar a aplicação do ideário liberal e limitar a intervenção estatal; e c) as elites judiciais das altas Cortes, que buscam aumentar sua influência política e reputação internacional, pressionando para que suas decisões não sejam superadas por ulterior modificação constitucional, optando por interpretação mais próxima de sua preferência e com maior chance de prevalecer, além de se aliarem ao discurso comum das nações voltadas à proteção dos direitos humanos³².

³² *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 12, 39-40 e 48. Após incursão pelas últimas reformas constitucionais havidas em Israel, Canadá, África do Sul e Nova Zelândia, e pelas principais decisões proferidas por

Ou seja, ao contrário do que alardeiam os partidários do ativismo judicial, especialmente certa parcela da doutrina intitulada “neoconstitucionalista”³³, a migração de poder político da seara parlamentar para a judicial não se deve ao comprometimento de grupos hegemônicos com vagas noções de justiça social ou universalização de direitos humanos, mas, sim, ao desejo de preservação da ordem vigente, pois apenas quando tal elite se vê ameaçada por desafios surgidos nas arenas majoritárias, com a organização de minorias até então periféricas, é que decide deslocar a palavra final à jurisdição constitucional, na crença de que as decisões das altas Cortes de Justiça, despidas de aptidão para alterar padrões historicamente enraizados de iniquidade política e econômica, raramente divergirão de seus interesses³⁴.

Não é por acaso que tal movimento se desenrola na Idade Contemporânea, caracterizada por crescente demanda popular por representação política, pela eliminação de barreiras eleitorais e pela ameaça a visões de mundo predominantes (democracia, neoliberalismo, capitalismo global e consumismo) em face das aspirações divergentes (regionalismo, cidadania diferenciada e crescimento econômico com igualdade material), exigindo a passagem do poder de formular determinadas políticas públicas a instituições isoladas como Cortes Supremas,

suas Cortes Constitucionais em casos rumorosos, a fim de demonstrar, empiricamente, ser nulo o impacto da constitucionalização de direitos e da ampliação da revisão judicial em termos de redução das desigualdades socioeconômicas, diante de forte tendência jurisprudencial de adoção de uma concepção individualista e restrita dos direitos fundamentais, de modo que a transferência de atribuições do Parlamento e do Executivo para o Judiciário redundara, precisamente, no movimento oposto, de proteção das esferas privada e econômica de intervenções equitativas potencialmente danosas à manutenção do *status quo*, defende o autor que o esvaziamento do Legislativo serve de conveniente refúgio a que parlamentares evitem ou protraiam a discussão de temas políticos delicados, impopulares ou indesejáveis de serem abertos ao público, transferindo tal ônus aos tribunais, a despeito do risco de erosão de sua imagem de órgãos autônomos e apolíticos, um desserviço à democracia. (Idem, p. 15, 39, 101-102, 151 e 153).

³³ Termo usado por Juan Antonio García Amado ao criticar a obra de Zagrebelsky em *¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente (otros) valores y principios, Archivo de Filosofía del Derecho*, t. XIII-XIV, 1996-1997, p. 71 e ss. Luís Roberto Barroso, um dos precursores do movimento em plagas nacionais, caracteriza-o na passagem que segue: “O pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro”. (Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.).

³⁴ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 213-215.

tribunais internacionais, bancos centrais ou organizações transnacionais, pese embora mantidos os mecanismos populares de decisões formalmente democráticas, como o referendo e o plebiscito³⁵.

O discurso das Cortes Constitucionais passa a ser o “*anything and everything is justiciable*”, precursor de ativismo judicial que as transforma em corpos decisórios de questões políticas fundamentais, não obstante sua natureza contramajoritária e as parcas credenciais democráticas ostendadas para que passem a perpetrar escolhas morais.

Isto porque, como anota Francisco Fernández Segado³⁶, as Constituições contemporâneas não se limitam a fixar estaticamente o Direito, impondo programas de ação futura e estabelecendo linhas mestras vinculantes de todos os poderes de Estado, para cuja realização o controlador da constitucionalidade exerce papel fundamental, de forma que a interpretação das normas da Lei Fundamental cada vez mais se assemelha à atividade do legislador e do governo, haja vista inovar a ordem jurídica de maneira substancialmente diversa da função habitual desempenhada pelos juízes, de simples aplicação da lei aos casos concretos, carreando-lhes poder normativo atípico consubstanciado na possibilidade de alteração do sentido das normas mediante fixação de exegese alegadamente conforme a Constituição, com prevalência de enfoque jurídico-político por sobre os demais métodos hermenêuticos empregados pela dogmática (gramatical, lógico, histórico, teleológico e sistemático), ao lado da tendência de concentração da jurisdição constitucional em órgãos autônomos não pertencentes ao Judiciário,

³⁵ Idem, p. 216-217, ao citar Michael Mandel (A brief history of the new constitutionalism or “how we changed everything so that everything would remain the same”. *Israel Law Review*, Jerusalem, v. 32, n. 2, p. 250-300, 1988.), para quem a história do constitucionalismo ilustra perfeitamente o engodo: enquanto as instituições representativas de tomadas de decisão política se encontravam seguramente concentradas nas mãos de círculos sociais estabilizados (magnatas econômicos, aristocracia política, *intelligentsia* profissional e urbana), a soberania do Parlamento foi prestigiada por políticos e constitucionalistas como o mais sagrado dos valores democráticos. À medida que os representantes políticos dos interesses estabelecidos começaram a perder o controle de tais instituições, surge a preocupação com a “tirania da maioria”, que levou à demanda por maior revisão judicial e transferência aos tribunais de funções de elaboração de políticas públicas. Assim, “a transformação nas relações entre cortes e instituições representativas através do fortalecimento das declarações de direitos que varreu o mundo durante as últimas décadas” apresentaria a vantagem de ser uma transformação que “muda tudo para que tudo possa permanecer o mesmo” (no campo das artes, esta é tônica veiculada pela película *O Leopardo*, dirigida por Luchino Visconti, Itália-França, 1963, 185 minutos, distribuição Versátil Home Vídeo).

³⁶ El recurso de amparo en España como vía de generación conflictual entre El Tribunal Supremo e el Tribunal Constitucional In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Coord.). *Direito constitucional contemporâneo* – estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 214-215.

sopesada a histórica falta de sensibilidade constitucional dos órgãos de jurisdição ordinária.

Em plagas autóctones, há inclusive a contribuição de Cezar Saldanha Souza Junior a pugnar pelo reconhecimento do Tribunal Constitucional como poder de Estado independente e incumbido de defender a Constituição portadora do consenso formado em torno dos fundamentos da convivência, incumbindo-lhe atribuições eminentemente políticas, quais sejam, a) renovar, continuamente, o acordo que sustenta a ordem democrática instituída na Constituição; b) atualizar, incessantemente, o poder constituinte originário na concreção dos valores supremos e em sua evolução em face das novas existências histórico-sociais; c) arbitrar conflitos entre os poderes de Estado; e, d) proteger os direitos fundamentais, de modo que acabaria inevitavelmente por criar o Direito:

[...] sua atividade é legislativa, inicialmente negativa, mas, atualmente, também positiva. Portanto, na forma de sua ação sobre o ordenamento jurídico, a função do Tribunal Constitucional é de natureza legislativa. Suas decisões são tomadas geralmente sobre questões jurídicas em abstrato, ou seja, não penetram matéria de fato concreto. Em consequência, a eficácia subjetiva das decisões é, em princípio, *erga omnes* e *ex tunc*, e o direito nelas afirmado vincula os órgãos do Poder Judiciário, do Governo da Administração, e, em determinados casos, inclusive, o próprio Parlamento. Em suma, entendemos que o Tribunal Constitucional, enquanto poder político, desenvolve uma função materialmente política (de última instância), instrumentalmente jurisdicional e formalmente legislativa³⁷.

Ainda assim, preservado o essencial da doutrina da separação funcional dos poderes mediante um sistema de freios e contrapesos que impeça qualquer deles se sobreponha aos demais, mantém-se o paradigma de Estado Constitucional de Direito cômico das liberdades do cidadão e sem menoscabo das bem-vindas flexibilizações do princípio em testilha, a ser tomado não como um fim em si mesmo, mas adaptado às circunstâncias de cada momento, ceda a inviabilidade

³⁷ *O tribunal constitucional como poder* – uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 122-123.

de implementação de uma rígida aplicação do modelo institucional tripartite, revelando-se, v.g., insuportável sua configuração inserta na Constituição francesa de 1791, alcunhada de “monstro ingovernável”³⁸.

Nesse ponto, não se pode ignorar que o objetivo de Charles Louis de Secondat fora muito mais político do que jurídico: impedir a concentração do poder, distribuindo-o entre órgãos distintos para limitá-lo e garantir a liberdade do cidadão contra os abusos do absolutismo monárquico, pensamento que embasara o desenvolvimento do sistema americano de controles recíprocos (*checks and balances*), pelo qual nenhum dos ramos estatais consegue transbordar seus limites institucionais, pois enquanto o Congresso dispõe da faculdade do *impeachment*, o Presidente titulariza a faculdade de veto e, o Judiciário, o poder de “anular” os atos de um e de outro via controle de constitucionalidade.

Aliás, comentando as diferenças existentes entre o esquema teórico e o efetivamente praticado nos Estados Unidos, Amaral Júnior acrescenta que o Poder Judiciário sequer poderia ser considerado “neutro”, dado incumbir à Suprema Corte proferir a palavra final quanto ao reconhecimento da inconstitucionalidade, mais um elemento de trancamento de poder não previsto pelo Barão de La Brède, porém que se encaixara com perfeição à sua ideologia³⁹.

Eventual crítica mais pormenorizada aos argumentos favoráveis e contrários⁴⁰ à judicialização da política e ao ativismo judicial refoge ao escopo do presente artigo, bastando constatar o quão distante nos encontramos do esquema original de Montesquieu, que desembocava em supremacia parlamentar colocada em dúvida diante da flexibilização da regra da inacumulabilidade de funções e da concessão ao Judiciário da faculdade de alterar o sentido e alcance de normas jurídicas a partir de interpretação conforme a Constituição, não obstante se deva sempre preservar um mínimo de especialização de funções a cada qual dos poderes, pois se é certo que a legislação, a administração e a jurisdição são constitucionalmente atribuídas a órgãos autônomos, que as exercem de maneira preponderante e não exclusiva, há que se respeitar,

³⁸ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 14 e 18.

³⁹ Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de “O Espírito das leis”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 868, p. 67, fev. 2008.

⁴⁰ Em linhas gerais, para os críticos formalistas, o fortalecimento da revisão e do ativismo judiciais infringe a separação de poderes e a democracia, pois a determinação judicial de certa interpretação acerca dos direitos fundamentais transfere ao Judiciário a faculdade de alocar os recursos da sociedade, tarefa privativa a outros braços do governo.

de outra banda, um núcleo mínimo de matérias indelegáveis a fim de garantir uma relação de colaboração harmônica, ocorrendo colisão entre os poderes “sempre que se acrescem as atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro”⁴¹, donde a importância de se delimitar uma atuação jurisdicional atípica, porque normativa, porém aceitável e legítima.

3.2. Politização da justiça à luz da Constituição Brasileira de 1988 e a jurisprudência “ativista” do Supremo Tribunal Federal

A Constituição Federal de 1988 conferiu peculiar feição flexibilizada à tripartição de poderes, que inscreveu ineditamente como princípio fundamental do Estado (arts. 2º e 60, § 4º, inciso II), ao ampliar a participação do Presidente da República no processo legislativo, seja por iniciativa própria e reservada em determinadas matérias (art. 61, § 1º), mormente diante da desigualdade do bicameralismo pátrio, em que prevalece a casa iniciadora sobre a revisora (art. 65), seja mediante a atribuição das faculdades de edição de medidas provisórias (art. 62), de elaboração de leis delegadas (art. 68), de concessão de indulto e comutação de penas (art. 84, XII), além de dotá-lo de poder de veto superável pelo Congresso Nacional (arts. 66, §§ 1º e 4º e 84, V), enquanto ao Legislativo conferiu o poder de sustar atos normativos do Executivo (art. 49, V), votar o *impeachment* de seu Chefe (arts. 102, I, “a” e 103, cada vez mais em uso em nosso curto período republicano, última vez em 2017) e fiscalizar os demais (inciso X), sem prejuízo da previsão de controle das contas públicas pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas (arts. 70, 71 e 49, IX).

A mesma Carta suprimiu as cláusulas da indelegabilidade e inacumulabilidade de funções expressamente agasalhadas pelos Textos anteriores, conferindo maior flexibilidade à sistemática da separação de poderes, uma vez preservadas a independência e a harmonia: “Daí, talvez, poder-se admitir a viabilidade constitucional de ‘delegação de poderes’ (ou da ‘acumulação de funções’) em casos outros que não os previstos expressamente na Constituição”⁴².

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 100-101 e 116.

⁴² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 45.

O próprio Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de reconhecer que mesmo a clausulação pétrea da separação de poderes não se refere a um tipo abstrato, mas ao núcleo essencial de dado modelo concreto, não impedindo modificações substanciais no arranjo teórico original, desde que preservado seu mínimo existencial⁴³.

Consectário lógico de tal conformação, a politização da justiça encontrou fértil terreno a prosperar na redação dada pelo constituinte a várias passagens do Texto de 1988, que, ao lado do usual papel de fiscal da legalidade, outorgou ao Judiciário o de guardião da legitimidade: a) ampliando o escopo e o alcance de institutos existentes, como a ação popular (para servir também à defesa do patrimônio cultural, histórico e artístico, além do público - art. 5º, inciso LXXIII), a ação civil pública (manejada pelo Ministério Público na proteção de quaisquer “outros interesses difusos e coletivos” – art. 129, III) e o mandado de segurança (previsto agora sob a modalidade coletiva – art. 5º, LXX), junto de outros instrumentos de controle direto da ação político-governamental (políticas públicas e atos administrativos em geral), a partir da introdução do mandado de injunção (para suprir a ausência de norma regulamentadora – art. 5º, LXXI) e do habeas data (destinado ao conhecimento e retificação de informações constantes de bancos de dados governamentais – art. 5º, LXXII), além de; b) alargar o âmbito do controle de constitucionalidade com a ampliação da legitimidade para a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade (art. 103, § 4º) e as inovações da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º), sem olvidar; c) a grande abertura do texto da Lei Fundamental, em que se inscrevera objetivos fundamentais e princípios eminentemente vagos (caso da moralidade, da impessoalidade, da legalidade e da eficiência de seu art. 37, *caput*, bem como da dignidade da pessoa humana do art. 1º, inciso III), suscetíveis a diferentes interpretações e invocações, porém sujeitos a controle judicial, inclusive sobre a própria razoabilidade das leis e a proporcionalidade dos encargos que acarretam, de maneira a conferir grande dose de discricionariedade ao operador e abrir campo para a atuação política por parte dos juízes, a quem

⁴³ Nos autos da ADI 3.367-1/DF, julgada em 13/04/2005, o Ministro Cezar Peluso, ao assentar a constitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça, foi expresso a respeito do tema: “À Constituição repugna-lhe toda exegese que reduza a independência dos Poderes a termos absolutos, os quais, aliás de todo estranhos aos teóricos de sua fórmula, seriam contraditórios com a ideia que a concebeu como instrumento político-liberal. Confirma-o rápido percurso pelo texto constitucional. Não são poucos os institutos cuja disciplina revela ostensiva existência de mecanismos predispostos ao controle mútuo entre os Poderes e, até, ao desempenho anômalo, por um deles, de função típica de outro”.

constitucionalmente se concedeu, ao fim e ao cabo, a prerrogativa de rever qualquer decisão administrativa, inclusive as rotuladas “questões políticas”, o que pode, não obstante, facilmente resvalar e degingolar, à falta de limites precisos para o exercício da função exegética e da inafastabilidade de apreciação de qualquer ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXV), em ativismo usurpador das competências inerentes aos demais poderes, especialmente do combatido Legislativo, possibilidade sequer vislumbrada pela Assembleia Nacional Constituinte, que supunha, à época, gozar a magistratura, presumidamente técnica, isenta de pressões político-partidárias e não corrompida, de maior confiabilidade que o legislador ordinário e o administrador.

A corroborar o equívoco da suposição, foi em resposta à paralisação da ação governamental resultante de medidas judiciais ativistas proferidas com base em tão fluida principiologia constitucional, por meio da qual cada juiz acaba por fixar, a seu talante, qual o critério de legitimidade deve presidir as hipóteses que conhece, que se fez introduzir no sistema, anos depois, as figuras da aparentemente redundante ação declaratória de constitucionalidade (EC n. 3/93), da atribuição de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às decisões proferidas em controle abstrato e da possibilidade de modulação no tempo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (Leis 9.868/99 e 9.882/99), de maneira que, como efeito colateral da tendência de concentração da fiscalização da constitucionalidade nas mãos do órgão de cúpula do Poder Judiciário, este se viu alçado à posição de terceira câmara legislativa, sancionador da constitucionalidade das leis e informal detentor de suposto poder constituinte derivado, capaz de modificar o sentido da Constituição a partir de juízos de discricionariedade política, conveniência e oportunidade incidentes sobre os igualmente imprecisos conceitos de “segurança jurídica” e “interesse social” elencados no primeiro dos diplomas citado entre parênteses (art. 27) e passíveis de tornar sem efeito a nulidade do ato inconstitucional (e o desfazimento, com eficácia *ex tunc*, de suas conseqüências jurídicas), o mesmo se podendo dizer quanto ao controle difuso da compatibilidade vertical, ante as inovações trazida pelas súmulas vinculantes (art. 103-A) e pela atribuição de repercussão geral aos Recursos Extraordinários (CPC, art. 1035, §§ 5º e 11), que transformam em lei o entendimento da Corte sobre determinada matéria.

Como exemplos paradigmáticos e fronteiros do que se pode situar entre legítima atuação político-normativa criativa da lavra do Judiciário brasileiro, por um lado, e eventual desvirtuamento redundante

em pernicioso ativismo judicial e usurpação das atribuições do legislativo, por outro, elencamos os seguintes episódios apreciados pelo Preτόrio Excelso nas últimas décadas:

a) a regulamentação do direito de greve dos servidores pύblicos nos Mandados de Injunção n. 712 e 708, em que a Corte, revendo posição anterior, editou, in concreto, norma regulamentadora inexistente por inércia parlamentar, com a real intenção de restringir prerrogativa prevista em norma autoaplicável e de eficácia restringível exclusivamente por lei específica aplicável ao funcionalismo (art. 37, VII, da CF);

b) a fixação do número de vereadores do Município de Mira Estrela, Estado de São Paulo, veiculada por Resolução do Tribunal Superior Eleitoral (Resolução n. 21.702/04) e ratificada nos autos do Recurso Extraordinário n. 197.917, no sentido de observar rígida proporcionalidade entre o número de habitantes e seus representantes locais, porém de acordo com matemática fixada pela Justiça Eleitoral e não pela respectiva lei orgânica;

c) a imposição de fidelidade partidária nos Mandados de Segurança n. 26.603-1/DF e 26.604-0/DF, até então considerada questão interna corporis das agremiações, deduzida de suposto princípio “implícito” de democracia representativa, alterando-se posicionamento pretérito adotado pouco depois da promulgação da Constituição vigente⁴⁴;

d) a edição das súmulas vinculantes n. 11 (necessidade de justificação por escrito do uso de algemas), 13 (vedação de nepotismo e nomeação de parentes para o exercício de cargos de confiança, forte nos princípios da moralidade, eficiência, legalidade e publicidade, sem plausibilidade para a limitação ao terceiro grau do parentesco consanguíneo ou colateral) e 26 (observância da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos para fins de progressão no cumprimento de pena privativa de liberdade) cujo escopo seria estabelecer a validade, a interpretação e a eficácia de determinadas normas constitucionais, mas que redundaram em certo tipo de normatividade, com papel legiferante;

⁴⁴ Criticando o intervencionismo do Supremo Tribunal Federal na configuração do estatuto constitucional dos partidos políticos, Elival da Silva Ramos enumera as mesmas hipóteses ao lado do julgamento da ADI nº 1.354-8/DF, em que se declarou a inconstitucionalidade da cláusula de desempenho prevista no art. 13 da Lei 9.096/05 como exemplos em que a Corte transpusera os limites de “uma salutar *self-restraint*, sem a qual a judicatura constitucional perde-se no torvelinho do processo político-normativo, ocupando o espaço que deve ser destinado à representação popular, a tanto legitimada pelo detentor do poder soberano”. (O delineamento do estatuto dos partidos políticos na jurisprudência do supremo tribunal federal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, p. 68, 2008.).

e) a incursão em mutação constitucional, sob a modalidade de interpretação judicial⁴⁵, nos autos da Reclamação 4.335-5/AC, em que se alterou informalmente o sentido do enunciado constante do art. 52, inciso X, da Carta de 88, para considerar que a comunicação ao Senado Federal da decisão declaratória de inconstitucionalidade, proferida em controle difuso buscando a suspensão da execução do ato, traria singelos efeitos registrário e publicístico, ao contrário da orientação então preponderante de que, para a defesa das relações jurídicas geradas com base na lei atacada, a declaração *incidenter tantum* só teria eficácia *erga omnes* depois da suspensão congressual, via decisão de conveniência política, por ausência do interesse maior de preservação do respeito à Constituição, invocado como razão da atribuição de eficácia *erga omnes* à fiscalização concentrada, realçando o aspecto não apenas jurídico, mas também político da decisão do Senado, que se recusara pretérita e fundamentadamente a suspender a eficácia de legislação instituidora do Finsocial, incidentalmente declarada nula nos autos do Recurso Extraordinário nº 150.764-1, por razões de segurança jurídica, ao sustentar que tal traria profunda influência na vida econômica do país, em posição análoga e simétrica ao próprio Supremo, a que analogamente é dado, por maioria absoluta de seus membros, modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade (art. 27 da Lei 9.868/99), com o risco de reforma da Lei Fundamental a seu bel-prazer, sem modificação do texto, mediante suposta mutação tendente a contrariá-la, ao invés de defender e guardar o sentido existente;

f) a atribuição, nos autos das ADPFs 132/RJ, 178/DF e da ADI 4277/DF, rel. o Ministro Ayres Britto, respectivamente ajuizadas pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e pelo Procurador-Geral da República e julgadas em 04 e 05.05.2011, de interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil ao art. 226, § 3º, da Constituição, não propriamente ao afirmar, com efeitos gerais e vinculantes, que sua literalidade⁴⁶ não obstaría o reconhecimento de uniões de pessoas do

⁴⁵ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 102-131.

⁴⁶ “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Comparativamente, enquanto houve recente aprovação de leis regulamentando o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo na Argentina e em Portugal, no Brasil a extensão dos direitos previstos na Constituição de 1988 e na legislação civil para os heterossexuais deu-se por decisões judiciais fulcradas nos princípios da isonomia (art. 5º, *caput*) e da dignidade humana (art. 1º, inciso II), como naquela da lavra da Ministra relatora do Recurso Especial nº 820475/RS, Nancy Andrichi, ao consignar que “a ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas, ou, ainda, calcadas em raciocínios preconceituosos, evitando, assim, que seja negado o direito à

mesmo sexo como entidade familiar, aptas a merecer proteção estatal, sinônimo perfeito de família⁴⁷ (conhecendo-se, processual e preliminarmente, a segunda das Arguições – 178/DF – como Ação Direta de Inconstitucionalidade – 4277/DF, tendo em vista a convergência do objeto das ações, dado que as postulações deduzidas nas primeiras estariam inseridas na última, dotada de regime jurídico mais amplo, donde o prejuízo, por subsidiária, da pretensão perseguida na ADPF 132, de que se conferisse exegese harmônica à Constituição relativamente ao artigo 19, II e V, e art. 33, do Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Rio de Janeiro – Decreto-Lei 220/75, quando, em realidade, desde 2007, a lei fluminense 5.034/2007 concedera, em seu art. 1º, aos companheiros homoafetivos a faculdade do reconhecimento jurídico de sua união), mas pecando o Pretório ao ir além e criar *ex nihil* disciplina normativa específica para a nova espécie de entidade familiar cuja existência declarara, isto é, ao asseverar, no corpo do voto do relator, que prevaleceu para fins de expedição do Ofício nº 81/P-MC, de 09/05/2011, a todos os magistrados nacionais com competência para o conhecimento da matéria, que tal reconhecimento há necessariamente de ser feito segundo as “mesmas regras jurídicas e com idênticas consequências pertinentes à união estável heteroafetiva”, como se se cuidassem de realidades idênticas, sob os argumentos de que a Constituição expressamente proibira o preconceito em razão de opção sexual ou de natural diferença biológica existente entre homem e mulher, fatores fortuitos e jamais passíveis de justificar um intrínseco merecimento ou desmerecimento de quem quer que seja, donde a existência de direito líquido e certo à isonomia entre todos os indivíduos nas vertentes: f.1.) de não sofrerem discriminação pelo fato de ostentarem diversas conformações anátomo-fisiológicas; f.2.) de fazerem ou não o uso da respectiva sexualidade, e, em especial, na hipótese afirmativa; f.3.) de fazerem uso emparceirado de tal sexualidade com pessoas adultas do mesmo sexo, devendo prevalecer uma “liberdade do mais

felicidade da pessoa humana”, devendo o Judiciário, em seu entender, supri-la e contribuir para a “erradicação da marginalização e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, recorrendo-se à analogia, desde que atendidos os requisitos da afetividade, estabilidade e ostensividade da relação exigidos à chancela da união heterossexual. Em sentido contrário, o Ministro Sidnei Beneti invocou a impossibilidade da pretendida interpretação ir contra dispositivo expresso da Lei Fundamental, que exigiria diversidade de gêneros, devendo-se relegar o tratamento da matéria ao Legislativo e ao Supremo Tribunal Federal, o que veio efetivamente a ocorrer dias após, com a perda do objeto do inconformismo.

⁴⁷ De há muito se chancelara a existência de outras entidades familiares não expressamente previstas nos §§ 1º a 4º do art. 226 da Constituição Federal, como as formadas exclusivamente por irmãos órfãos, um dos quais maior e exercente da tutela dos incapazes, e por tio(s) e sobrinho(s).

largo espectro” ao “silêncio intencional” da Constituição, por autorizar a ausência de previsão normativa a incidência da regra de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”, ao passo que o emprego da sexualidade humana diria com a intimidade, a vida privada dos indivíduos e, portanto, com direitos da personalidade atrelados à “âncora normativa” do § 1º do art. 5º da Carta Magna, constituindo direito fundamental do indivíduo a livre disposição da própria sexualidade, enquanto direta emanção da dignidade humana e cláusula pétrea, exercitável tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual com pessoas do mesmo sexo ou diverso), caracterizando-se o século XXI pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade, motivos pelos quais concluíram os Ministros que a Constituição Federal não poderia sonegar aos parceiros homoafetivos conviventes em união estável o mesmo regime jurídico conferido aos casais heteroafetivos em idêntica situação, desde que assentados sobre as mesmas bases da publicidade, continuidade, durabilidade e monogamia, algo imprescindível para que se desse concreção aos princípios da dignidade humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias e da não discriminação, cabendo à família servir de norte interpretativo para as figuras do casamento, da união estável, do planejamento familiar e da adoção, independentemente de qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa, prevalecendo o amor, a parentalidade e a inerente proteção dos membros em seu seio, espaço ideal para a realização das mais duradouras, afetivas, solidárias e espiritualizadas relações humanas de índole privada, disto decorrendo o caráter de base da sociedade (CF, art. 226, *caput*), pesem embora as equilibradas, conquanto vencidas, ponderações tecidas pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, de que, a despeito de procedente a pretensão, a existência de lacuna normativa sobre a matéria não autorizaria a pronta equiparação da relação homoafetiva com a união estável, pela peculiaridade da diversidade de gêneros, tratando-se de forma distinta de entidade familiar, não prevista no rol exemplificativo do art. 226 da Carta Magna, de forma que, para os dois primeiros, dever-se-ia proceder à integração analógica ou interpretação extensiva da cláusula constante do texto constitucional (CF, art. 226, § 3º) a fim de que fossem aplicadas às uniões homoafetivas apenas as prescrições legais compatíveis e relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exigissem diversidade de sexo para o seu exercício até que o Congresso Nacional lhes desse tratamento legislativo, a começar pelo incentivo legal de sua conversão em casa-

mento civil, que demanda nubentes dotados de gêneros distintos, não se cuidando, pois, propriamente, de equiparação⁴⁸.

Ao ordenar a obrigatória aplicação de todos os ditames legais pertinentes à união estável à parceria homoafetiva, equiparando-os com eficácia contra todos e de maneira vinculante aos demais órgãos judiciários do país, o Tribunal Constitucional mais uma vez afirmou a titularidade de atípico e aparentemente ilimitado poder de reforma constitucional (que, teoricamente, haveria de ser derivado e reservado ao Congresso Nacional), perpetrando à mutação do alcance do art. 226, § 3º, da Carta Magna sem alteração de seu texto, fazendo-o, data venia, em menoscabo às possibilidades máximas extraíveis de sua literalidade, no que tange às expressões “homem” e “mulher” empregadas pelo constituinte originário ao se referir à união estável a que foi equiparada a nova entidade familiar homoafetiva, de modo a suprir,

⁴⁸ Informativo STF Mensal, Brasília, DF, n. 625, maio 2011. Em decorrência da não explicitação de tais senões no unânime resultado do julgado, não tardaram a pulular Brasil afora pedidos judiciais de conversão de uniões homoafetivas em casamento civil, um deles pioneiramente acolhido por sentença de 27 de junho de 2011, proferida pelo MM. Juiz de Direito titular da 2ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Jacareí, Estado de São Paulo, Dr. Fernando Henrique Pinto, nos autos do processo n. 1209/11, devidamente transitada em julgado e que contara com parecer ministerial favorável, invocando a vinculação do comando dirigido pela Corte a todos os órgãos judiciários do país (CF, art. 102, § 2º) e também os princípios da igualdade (CF, art. 5º, inciso I) e da dignidade humana (art. 1º, inciso III), ao lado do objetivo fundamental de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, incisos I e IV), e, finalmente, da máxima romana *ubi eadem ratio, ibi eadem jus* (“onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito”), como elementos para a ilação de que o Pretório Excelso somente deixara de expressamente aplicar os mesmos fundamentos do *decisum* ao instituto civil do casamento por ausência de pedido nas pre-faciais da ADI e das ADPFs, registrando que “no Brasil há situações de fato e de direito muito mais graves para se preocupar, que com a vida de dois seres humanos desejosos de paz e felicidade a seu modo, sem infringir direitos de ninguém”, motivos que o levaram a converter em casamento, pelo regime eleito da comunhão parcial de bens, a união estável dos interessados de mesmo sexo, que reciprocamente acresceram o patronímico do consorte, substituindo a sentença o ato solene de celebração, em analogia ao item 87 e subitens do art. 135, da Subseção IV, da Seção V, do Capítulo XVII, do Tomo II, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo, destinados às conversões em matrimônio de uniões estáveis heterossexuais, lavrando-se registro de casamento e providenciando a serventia as averbações nos assentos de nascimento das partes, ao revés de outros julgados contemporâneos de improcedência proferidos em casos análogos (cf. Processos nº 0023359-87.2011.8.26.0100 e 0011258-81.2012.8.26.0100, que tramitaram perante a 2ª Vara dos Registros Públicos da Comarca da Capital do mesmo Estado, e Processo nº 1.056/2011, da 3ª Vara Cível da Comarca de São Carlos, sob a mesma escusa de que o Supremo Tribunal Federal em momento algum sinalizara com a viabilidade de conversão da união estável homoafetiva em casamento ou da própria possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo), do que redundou, no frígido dos ovos, a instauração de novo e indesejado quadro de insegurança jurídica não superado por nova manifestação da Corte Constitucional, mas apenas com a edição da Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 175/2013, que obrigou os Cartórios de Registro Cível de todo o país a celebrarem, independentemente de manifestação judicial, matrimônios homoafetivos.

sem participação do Parlamento, o “silêncio eloquente” esposado pela Assembleia Nacional Constituinte sobre a questão e estender às uniões homoafetivas os mesmos direitos e deveres sucessórios, alimentares, fiscais, previdenciários e administrativos contidos em legislação específica para companheiros de sexo diverso;

g) o largo, para não dizer abusivo, emprego de liberdade criativa por ocasião da apreciação, aos 02/05/2003, da ADI 2.596/PA, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, em que, por unanimidade, o Pleno da Corte atribuiu “interpretação conforme” do inciso II do art. 307 da Constituição do Estado do Pará⁴⁹ ao art. 73, § 2º, incisos I e II, da Constituição Federal, determinando que a nomeação da vaga nele prevista para ministro do Tribunal de Contas do Estado não seria de livre nomeação pelo governador, como contido na literalidade do texto estadual, mas, sim, vinculada à indicação de um auditor da própria Corte de Contas, e, quanto ao inciso IV da mesma Carta controlada, fosse suprimida a frase “dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, respectivamente, segundo os critérios de antiguidade e merecimento”, passando-se a interpretar a parte remanescente do texto num único e obrigatório alcance, em simetria à previsão federal, a saber, como se coubesse ao governador preencher as vagas em apreço ora com um membro do Ministério Público estadual atuante no Tribunal de Contas, ora mediante livre nomeação, ficando patente a inovação impingida à ordem jurídica regional ao se criar normas que claramente não se podiam deduzir da redação original dos textos guerreados, sob a escusa de “corrigi-los”, sem maior preocupação com os nefastos efeitos da superlativa superação do ideal de autocontenção e da violação aos mais elementares limites hermenêuticos impostos ao exegeta, insuficientes, no caso em exame, à garantia da separação de poderes, que exigia não se houvesse ultrapassado a vontade inequívoca do constituinte estadual consubstanciada na literalidade da regra interpretada;

h) a desatenção às diferenças existentes entre a exegese conforme a Constituição e a prolação de decisões interpretativas modificativas dos sentidos originais postos pelo legislador, como a proferida, com efeitos aditivos e apenas dois votos desfavoráveis, no julgamento da ADPF nº 54,

⁴⁹ Redação original: “art. 307 [...] I – a primeira e a segunda vagas por escolha da Assembleia Legislativa; II – a terceira vaga por escolha do governador do Estado; III – a quarta vaga por escolha da Assembleia Legislativa; IV – a quinta e a sexta vagas por escolha do Governador do Estado, dentre Auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, respectivamente, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; V – a sétima por escolha da Assembleia Legislativa; VI – a partir da oitava vaga, reiniciar-se-á o processo previsto nos incisos anteriores, observando-se a respectiva ordem de nomeação”.

de 12/104/2012, em que a Corte Constitucional declarou atípica, por suposta inexistência de “vida cerebral”, a interrupção da gestação de fetos anencéfalos (portadores de má formação embrionária caracterizada pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana, diagnosticáveis no terceiro mês de gravidez e sem tratamento ou chance de sobrevivência após o nascimento, podendo durar horas, dias ou semanas após o parto), conceito este construído a contrário senso, a partir da “morte encefálica” prevista na Lei 9.434/97 para fins de transplantes (ao lado, é bem certo, do mais acertado e relevante argumento da preservação da saúde psíquica da gestante), porém exagerando, senão ao criar inédita circunstância excludente de antijuridicidade/punibilidade não prevista no art. 128, incisos I e II, do Código Penal, quando menos ao dispensar prévia autorização judicial para a realização do procedimento, até então praticado de maneira esporádica⁵⁰, a despeito da lúcida observação tecida pelo Ministro Ricardo Lewandowski em voto divergente: “não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais”);

i) a superação do imemorial paradigma da unicidade de filiação, por ocasião do julgamento, em 22/9/16, do Recurso Extraordinário n. 898.060, ao qual atribuiu Repercussão Geral e fixou tese no sentido da possibilidade de registro de dupla filiação de origens distintas (biológica e socioafetiva): “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”⁵¹;

⁵⁰ Como noticiado em reportagem de Felipe Recondo, no jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 19 fev. 2011, Caderno A, p. 19, referente ao regime implantado pelo Ministério Público do Distrito Federal, responsável por analisar toda a documentação médica comprobatória da anomalia e encaminhar diretamente a interessada a um médico com determinação de aborto, sem intervenção judiciária, o que provocara considerável afluxo de mulheres de outros estados como Piauí, Minas Gerais e Bahia para Brasília em busca do procedimento simplificado e, até então, de duvidosa constitucionalidade.

⁵¹ A par do art. 6º do Provimento n. 16 da Corregedoria Nacional de Justiça, que estendera a possibilidade de inserção da segunda “modalidade” de filiação no assento de registro de nascimento do interessado, sem prejuízo da já existente, independentemente de intervenção judicial, em sentido contrário ao teor do Enunciado n. 20, aprovado no 2º Encontro Estadual dos Juizes das Varas de Família e Sucessões do Estado de São Paulo, ocorrido nas dependências da Escola Paulista da Magistratura em 10 de novembro de 2017: “A retificação do registro civil do nascimento para incluir paternidade ou maternidade biológica, quando já indicada a respectiva filiação (passando a existir dois pais e uma mãe, ou duas mães e um pai), depende de determinação judicial em ação contenciosa, sendo nessa hipótese inaplicável o Provimento nº 16, da Corregedoria Nacional de Justiça, que em seu art. 6º dispõe sobre o reconhecimento espontâneo de filho realizado pelo genitor mediante declaração, por escrito particular, feita diretamente ao Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais”, impendendo mencionar o teor do Enunciado imediatamente subsequente formulado, a fim de tentar amenizar o quadro de insegurança jurídica instaurado em hipóteses que tais (Enunciado n.

j) a equiparação, em 10 de maio de 2017, ao apreciar o tema 498 da repercussão geral atribuída ao Recurso Extraordinário n. 646.721/RS, da condição sucessória do companheiro supérstite ao do viúvo, decidindo pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, consoante tese que segue: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do CC/02”⁵².

Dos episódios acima resulta hialina inédita postura ativa da lavra do Judiciário brasileiro no exercício da jurisdição constitucional, não mais adstrita ao efeito guilhotina da legislação controlada, pois, na prática, altera e corrige, por via interpretativa, o sentido dos dispositivos cuja compatibilidade vertical fiscaliza, alterando a ordem jurídica muito além de sinalizar e apontar aos demais poderes eventuais falhas cometidas pelo legislador, o que, se não implica, por si só, violação apriorística do princípio da separação de poderes, acaso se o faça de modo racional e fundamentado em pautas axiológicas igualmente inscritas na Constituição, uma vez observados determinados limites argumentativos e preservados os escopos maiores de garantia da liberdade individual e concomitante limitação do poder político, traz a lume, todavia, delicada incursão do julgador por valores morais veiculados pelos princípios constitucionais.

4. Principiologia constitucional e os limites da criação judicial do direito

A despeito das reservas tecidas pela doutrina em desfavor da admissibilidade de julgados manipulativos à luz da doutrina da separação de poderes⁵³, as experiências autóctone e estrangeira descortinaram a

21: “A coexistência de filiações socioafetiva e biológica no Registro Civil das Pessoas Naturais enseja a partilha da herança, em caso de falecimento do filho, entre todos os genitores, por cabeça, diante do art. 1835 do Código Civil.”)

⁵² Suprimindo, quiçá inadvertidamente, aos companheiros supérstites, usualmente unidos sob regime de bens análogo ao da comunhão parcial (CC, art. 1725), a possibilidade de optarem por gozar, em relação aos aquestos, de posição mais favorável que a do cônjuge viúvo, porquanto, em tal hipótese, a par de meeiros, concorreriam igualmente com os filhos comuns ou unilaterais do falecido no tocante à meação inventariada (CC, 1790, incisos I a IV), benefício não estendido ao cônjuge meeiro pela legislação declarada inconstitucional.

⁵³ Para Rui Medeiros tais decisões afrontariam o princípio democrático mesmo quando viessem a impedir a concretização em termos discriminatórios de uma norma constitucional. (*A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 509.). Jorge Miranda, por seu turno, sustenta

fragilidade do desiderato de espontânea autocontenção dos tribunais responsáveis pelo exercício da jurisdição constitucional, insuficiente a restringir intensa atividade inovadora do ordenamento jurídico, a ponto de alguns dos julgados das Cortes Constitucionais promoverem, em situações extremas, antidemocráticas mutações ilegais e inconstitucionais⁵⁴.

Analisados linhas atrás os fundamentos históricos da constitucionalização de direitos e do conseqüente acréscimo de controle jurisdicional, na praxe cotidiana o ativismo judicial está intimamente ligado ao desdobramento de princípios constitucionais, quase nunca puro ou exato, disto derivando o fracasso generalizado da maior parte das tentativas destinadas à imposição de óbices à atividade normativa atipicamente desenvolvida pelos intérpretes judiciais, especialmente daquelas que se limitavam a propugnar pela pueril invocação de lugares-comuns similarmente destituídos de maior concreção, como o recurso à “proibição de discricionariedade”, à “ausência de opções alternativas conformes” ou à cega observância de rígida tripartição funcional.

É mister assentar, destarte, sem maiores pruridos de consciência, não existirem critérios científicos infalíveis que permitam excluir, com absoluta certeza e objetividade, todas as alternativas admissíveis para o suprimento de omissão decorrente do reconhecimento da inconstitucionalidade parcial de determinado dispositivo legal pelo Judiciário, o que, de outra banda, tampouco justifica perigosa ilação situada na extremidade oposta, de que redundaria, porventura, infrutífera qualquer tentativa de idealização de um modelo dogmático, que contribuisse para a redução da arbitrariedade judicial, em lugar da inadvertida aquiescência à proliferação de sedizentes “sentenças manipulativo-interpretativas

que, ainda assim, haveriam de prevalecer as decisões aditivas, dirigidas mais ao atendimento de “imperativos materiais” que a considerações “orgânico-funcionais”, em face de discriminações infundadas, não se comportando o fiscalizador como legislador por não agir por iniciativa própria ou critérios políticos, mas instado por outrem e vinculado a critérios de construção jurídica inerentes à hermenêutica constitucional, pois quanto mais próxima do cerne da Constituição material se situar a norma violada, mais forte será a reação contra o ato que lhe é desconforme. (*Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra. 2008. t. VI: Inconstitucionalidade e garantia da constituição, p. 91 e 95.).

⁵⁴ Segundo Virgílio Afonso da Silva, todo o esforço teórico destinado a restringir a atuação inovadora das Cortes Supremas não bastou a refrear seu ânimo “normativo-criador”, especialmente nos casos mais complexos, vigendo, ao revés, a tendência de, da mesma forma que é o juiz quem decide o que é ou não conforme a Constituição, concentrar-se em mãos do Tribunal Constitucional o poder de decidir, com força obrigatória e vinculante, sobre a constitucionalidade de todas as normas, e, o pior, boa parte das vezes, de maneira não suficientemente fundamentada. (A presunção de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme a constituição e o dogma da legislação negativa. *O Direito*, ano 138, n. 1, p. 58, 2006.).

obrigatórias”, empregadas, em realidade, como mero chavão semântico destinado a franquear aos magistrados a possibilidade de decidirem de maneira puramente subjetiva, arbitrária e despida de qualquer fundamentação plausível⁵⁵, a ponto de vingar a máxima de que a Lei Fundamental seria o que assim o entendessem seus fiscalizadores⁵⁶.

Urge, enfim, conjugar o preceito do legislador negativo, saudavelmente mantido, com a necessária temperança, no ordenamento constitucional de todo Estado de Direito que se pretenda Democrático, a despeito das mais elásticas facetas conferidas ao princípio da separação de poderes, aos limites mais eficazes opostos ao poder criativo do exegeta jurisdicional, a saber: **a) o respeito às possibilidades extraíveis da literalidade da norma**, isto é, ao claro sentido de seu texto e aos fins contemplados pelo legislador⁵⁷; **b) o profícuo acatamento de prévia interposição legislativa destinada a pormenorizar princípios constitucionais**, apesar de não inteiramente condicionante do raciocínio do operador do direito ou paralisante de eventual solução criativa racionalmente correta à vista as peculiaridades do caso concreto, cediço que em certas hipóteses a aplicabilidade imediata de determinado preceito constitucional não dependerá da mediação do parlamento; **c) a obrigatória elaboração de racional, argumentativa e solidamente fundada relação de ponderação entre princípios constitucionais e**

⁵⁵ No âmbito do controle abstrato português, o Tribunal Constitucional é bastante reticente em proferir sentenças com efeitos aditivos, padecendo de dúvidas sobre gozar de efetiva atribuição funcional para impor soluções com força obrigatória geral, como se deu no Acórdão n. 191/88, em que reconheceu a inconstitucionalidade parcial de lei que conferia ao viúvo de cônjuge morto em acidente de trabalho pensão menor do que à viúva, mas não teve coragem de estender a equiparação, genericamente, a todos os destinatários que se enquadravam no regime mais benéfico, reputando-se a tanto incompetente à luz do princípio da separação de poderes, tormento que curiosamente não o costuma assolar ao decidir em sede difusa, exemplificando-se com os Acórdãos 1221/96 e 457/99, em que declarou, sem titubear, a nulidade parcial de dado artigo de lei que não contemplara a contagem de tempo de serviço prestado como Governador de Macau para fins de percepção de subvenção mensal vitalícia pelo interessado. (MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: _____. (Coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 65.).

⁵⁶ É famosa a frase creditada a Hughes, ex-presidente da Suprema Corte Americana: “Estamos regidos por uma Constituição, mas esta Constituição é o que os juizes decidem o que é.”

⁵⁷ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 522, secundado por Gilmar Ferreira Mendes, para quem eventual “correção” da lei pelo Tribunal, sob o pretexto de decisão interpretativa, constituiria intervenção mais drástica do que a própria declaração de inconstitucionalidade. (*Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 261.). Em posição similar, Celso Ribeiro Bastos, As modernas formas de interpretação constitucional, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 6, n. 24, p. 45-50, jul.-set. 1998, e Eduardo Fernando Appio, *Interpretação conforme a constituição: instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais*, Curitiba: Juruá, 2002, p. 48-49.

direitos fundamentais, ciente da proporcionalidade e da responsabilidade funcional das autoridades envolvidas, panorama perfeitamente compatível com a inevitável e, de resto, bem-vinda, liberdade criativa conferida pelo próprio ordenamento constitucional ao julgador para que promova a adaptação da Lei Fundamental à incessante evolução social, sendo impensável uma Constituição estanque e composta apenas de regras a fim de reduzir a discricionariedade jurisdicional.

Se é certo que desta maneira não se impedirá, em muito se dificultará a introdução de afrontosas modificações no conteúdo de grande parte das normas submetidas a controle jurisdicional de constitucionalidade, minorando o risco de o juiz se substituir ao legislador, sob o pretexto de conformar o sentido do dispositivo verificado ao da Carta Maior e interditando eventual alteração do hialino significado pretendido por seu emissor, por preferível, em tal hipótese, a pura declaração de inconstitucionalidade *tout court*, especialmente diante da possibilidade de mitigação de sua eficácia, extensão e efeitos temporais (no caso brasileiro, com base no art. 27, *caput*, da Lei 9.868/99).

Em tempos de pós-modernidade, caracterizada, por Eduardo Carlos Bianca Bittar, como “um processo de modificações que se projeta sobre as diversas dimensões da experiência contemporânea de mundo (valores, hábitos, ações grupais, ações coletivas, concepções, regras sociais, modos de organização institucional)”⁵⁸, o positivismo do século XIX e da primeira metade do XX, responsável por reduzir o fenômeno jurídico à identificação entre direito e norma jurídica, mostrou-se insuficiente ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinam a causa da humanidade⁵⁹, incumbindo, assim, ao constitucionalismo contemporâneo promover o resgate dos fundamentos morais compartilhados pela comunidade e integrá-los ao arcabouço jurídico, cimentando uma ponte entre Ética e Direito, até então sediados em extremidades opostas, sopesadas a triste experiência nazista e as escusas invocadas por seus partícipes e executores de que se limitavam a cumprir ordens contidas na legislação da época.

De fato, a ascensão dos princípios ao proscênio normativo é fruto da constatação, após o segundo grande conflito, que comandos legais

⁵⁸ *O direito na pós-modernidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 105.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____. (Org.). *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 28-29.

havam se prestado a instrumentalizar a barbárie do Holocausto, resurgindo no campo jurídico como “[...] as portas abertas que permitem a comunicação do Direito, em especial do Direito Constitucional, com o universo da ética, na medida em que constituem eles expressão primeira dos valores fundamentais expressos pelo ordenamento jurídico, informando materialmente as demais normas”⁶⁰.

Representam, assim, as linhas mestras das Cartas Políticas, ou, na metáfora de Paulo Bonavides⁶¹, o pedestal normativo sobre o qual assenta o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais, a fórmula encontrada para a migração dos valores do mundo axiológico-filosófico para o jurídico-deontológico, tanto que passaram a constar, implícita ou explicitamente, de praticamente todas as Leis Fundamentais contemporâneas.

A própria inscrição dos princípios em normas constitucionais, antes relegados ao limbo das proclamações meramente políticas e sem força normativa pela mentalidade positivista⁶², constitui, por si só, um dos traços característicos do constitucionalismo de nosso tempo, e, de resto, da passagem do modelo de Estado Liberal para o Constitucional de Direito⁶³.

Significa afirmar que, a despeito da frustrada tentativa do positivismo jurídico de subtrair o jusnaturalismo da origem e base teórica dos “direitos fundamentais”, tão popularizados ao longo dos séculos XIX e XX, o certo é que a reação aos abusos humanitários, cometidos durante a Segunda Guerra, reafirmou a convicção generalizada da existência de normas universais que transcenderiam o direito positivo, impondo-se indistintamente ao arbítrio do governante ou do constituinte, segundo se constata, exemplificativamente, do art. 20, § 3º, da Lei Fundamental Alemã de 1949⁶⁴ e da elaboração teórica do “bloco de constitucionalidade” francês (ao remeter materialmente o preâmbulo

⁶⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 81.

⁶¹ *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 237.

⁶² O positivismo não renegava por completo os princípios, mas lhes reconhecia função meramente subsidiária e supletiva na ordem jurídica, um singelo meio de integração do direito a ser aplicado tão somente nas hipóteses de lacuna, e, ainda assim, depois do infrutífero emprego da analogia e dos costumes, como se depreende, v.g., do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro de 1916.

⁶³ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, tradução de Marina Gascón Abellán, 9. ed., Madrid: Trotta, 2009, p. 93, 96 e 113, mencionando as experiências da Itália, Alemanha e Espanha e que “cláusulas deste tipo representam uma tendência de fundo do constitucionalismo atual, confirmada pelas mais recentes Constituições europeias”.

⁶⁴ “O Poder Legislativo está vinculado à ordem constitucional; os Poderes Executivo e Judiciário obedecem à lei e ao direito”.

da Constituição de 1958 à Declaração de 1789 e ao preâmbulo da Carta anterior de 1946)⁶⁵, de modo que, paulatinamente, passa-se a invocar o direito internacional e, especialmente, pactos e declarações multina-cionais como os de Bogotá (1948), de São José da Costa Rica (1969), da ONU (1948) e de Nairobi (1985), como fonte de um direito suprapositivo capaz de limitar todas as formas de manifestações do poder político ao redor do globo, fundada na crença de que haveria um consenso universal sobre as necessidades mínimas e os direitos básicos inerentes ao gênero humano⁶⁶, não obstante as diferenças regionais, culturais e religiosas existentes entre todos os povos que habitam o planeta.

Este também o ensinamento de Cappelletti em sede de controle de constitucionalidade, ao comentar a escola jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII e a concepção medieval de Direito Natural idealizada por Grotius e Rousseau, pelas quais o ato do soberano que o infringisse seria declarado nulo e não vinculante ante a existência de direitos inatos, intangíveis e irrenunciáveis limitadores da faculdade normativa, como admitido por São Tomás de Aquino e mesmo por Locke, teórico da Revo-lução Gloriosa e da supremacia parlamentar, não obstante repousasse a distinção entre a ordem natural (superior) e a positiva num plano meramente filosófico e destituído de sanções, de modo que apenas com o advento das Constituições rígidas e prenes de princípios reguladores do direito natural⁶⁷ é que se passou a oferecer tutela jurídica e garantia

⁶⁵ Em decisão de 27/12/1973 o Conselho Constitucional reconheceu, pela primeira vez, força norma-tiva à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, até então consi-derada como mera fonte de inspiração da qual deveriam ser extraídos princípios gerais de direito, fazendo-o igualmente em decisão de 15 de janeiro de 1975 no tocante ao preâmbulo da Constituição de 1946, remissivo, de sua parte, à enumeração de novos direitos políticos, econômicos e sociais (como à saúde, moradia, de greve, etc.), bem como, por conseguinte, dos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, expressamente mencionados em decisão de 16/07/1971, ao tratar da liberdade de associação, diplomas normativos estes que, apesar de não situados no inter-ior da Constituição, foram utilizados como fundamento para o reconhecimento da inconstitucio-nalidade de diversas leis atacadas. (FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p. 98.).

⁶⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho é bastante cético em relação a tal afirmativa, invocando óbices culturais e religiosos aparentemente intransponíveis entre as civilizações greco-romana-cristã oc-idental e islâmica oriental, que não aceitaria sequer o princípio da igualdade entre fiéis e infieis, muito menos entre homens e mulheres, vedando a estas o casamento com não muçulmanos, a par de consagrar sanções criminais consideradas intoleráveis ou cruéis em demasia para os padrões oc-identais (morte por apedrejamento da adúltera, supressão de membros do corpo do furtador, etc.) e negar amplo acesso a determinados cargos públicos, como o de juiz, reservado com exclusividade aos muçulmanos. (*Princípios fundamentais de direitos constitucionais*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 104-106.).

⁶⁷ As quais, “por um lado, afirmarão como preceitos de Direito Constitucional positivo os princípios ‘naturais’ e os ‘direitos inatos’, e, por outro, oferecerão uma garantia efetiva de concreta aplicação daqueles princípios e de concreta tutela daqueles direitos: uma garantia, por conseguinte, de não

concreta de não aplicação dos atos normativos consigo contrastantes, sob a alegação de conterem uma espécie de “vontade permanente do povo”, enquanto as leis ordinárias veiculariam apenas sua singela “vontade transitória e temporária”, mais um fator de submissão da atividade legislativa ao órgão controlador de sua constitucionalidade, daí resultando o imenso poder conferido aos juízes de afastarem a incidência de dispositivos elaborados pelo parlamento, sob a pecha de “inconstitucionais”, forte em exegese extraída junto aos mais diversos e imprecisos valores inscritos na Lei Fundamental.

Isto porque, se é certo que inexistente hierarquia entre as normas constitucionais, por possuírem o mesmo fundamento, haveria, no entender de alguns, como Juarez Freitas, supremacia axiológica daquelas que veiculam princípios e, conseqüentemente, os bens mais caros ao Estado:

Nesta senda, os princípios aparecem como diretrizes peculiares, geradoras de direitos individuais e, por definição, hierarquizáveis como preponderantes no cotejo com as regras. Estas não se restringem a simples descrições de conduta, dado que operam como normas instrumentais para o incremento das finalidades incorporadas pelo intérprete, a partir da rede dos princípios superiores, hierarquizados sem definitividade marmórea. [...] as normas estritas ou regras vêm perdendo, cada vez mais, espaço e relevo para os princípios, justamente porque estes são superiores, inclusive na sua relatividade (uma aparente fraqueza para quem conhece dialética).⁶⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello chega a afirmar que violar um princípio seria mais grave que transgredir uma regra:

[...] A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade,

aplicação das leis que contrastarem com o preceito constitucional em que se contém uma espécie de ‘vontade permanente do povo’ enquanto, ao invés, nas leis ordinárias, há apenas ‘uma vontade transitória e temporária’”. (*O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1992. p. 54-56.).

68 A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 321 e 323.

conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremessível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra⁶⁹.

É em virtude da indeterminação de seu conteúdo que desempenham funções regulativa (resolvem diretamente um caso em concreto, sem a necessidade de prévia, conquanto louvável, interposição legislativa), hermenêutica (dirimem dúvidas interpretativas e servem de guia para a aplicação do Direito) e positiva (informam materialmente os atos de todos os poderes, com eficácia derogatória da legislação anterior e impeditiva da posterior incompatíveis com seus postulados), de maneira que nem todos os princípios constitucionais são expressos por normas programáticas ou de eficácia limitada, podendo incidir imediatamente, porque autoexecutáveis⁷⁰ e detentores de carga ideológica a ser prestigiada, contando com caráter normativo e não meramente retórico, quadro reforçado no Estado do bem-estar social, em que Constituição deixou de cuidar apenas da organização do Estado e da garantia dos direitos individuais para consagrar direitos socioeconômicos e traçar metas e objetivos a serem perseguidos pelo Poder

⁶⁹ *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 409. Em sentido contrário, de que tal concepção partiria de dois pressupostos equivocados: primeiro, de que um princípio valeria mais do que uma regra, quando, em realidade, possuem funções diferentes e; segundo, de que a regra não incorpora valores, quando ela os cristaliza, vide Humberto Ávila, *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 83, defendendo que, como as regras possuem conteúdo de comando mais inteligível, seria mais grave descumpri-las do que a um princípio, por mais reprovável descumprir aquilo que se sabia dever cumprir. Do mesmo autor e na mesma direção, Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187-202. Em posição intermediária, Zagrebelsky observa que “o simples confronto entre um princípio e uma regra não poderia conduzir, por si só, a nenhum juízo conclusivo de compatibilidade ou incompatibilidade entre eles, pela evidente heterogeneidade dos termos colocados em confronto”. (Estado constitucional. Tradução de Carlos Bastide Horbach e José Levi Mello do Amaral Júnior. Revisão de Ada Pellegrini Grinover. Colaboração de José Jesus Cazetta Junior. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. (Coord.). *Direito constitucional, estado de direito e democracia* – homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011. p. 291-314.).

⁷⁰ Para Juarez Freitas, em seu núcleo essencial, todos gozariam de aplicabilidade direta, pese embora a relevância de ulterior lei regulamentadora cuja omissão não teria, todavia, o condão de impedir direta concretização pelo juiz para gozo imediato do beneficiário, recusando-se os mitos do meramente programático ou da reserva do possível: “Não se ignora a oportuna advertência dos que temem o protagonismo do poder judiciário, porém inegável que o juiz pode exercer, sem usurpação, o dever de adaptar e de vivificar direitos numa sociedade democrática e livre.” (A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 332 e 342-345.).

Público a fim de transformar a realidade social, em cujo contexto uma até então excessivamente tímida atuação normativo-judicial assume especial relevo⁷¹.

É dizer, a irrefreável tendência contemporânea de constitucionalização dos direitos fundamentais implica a adoção de comportamentos voltados à consecução de um estado ideal de coisas cuja efetivação não depende de preferências pessoais das autoridades competentes, reclamando o cumprimento judicial e forçado das finalidades contidas na Constituição.

⁷¹ Em contrário, há a igualmente sólida posição de Cezar Saldanha Souza Júnior, que, após distinguir entre três níveis teleológicos do ordenamento, o fundamental do direito constitucional (que contempla os valores jurídicos superiores formulados como direitos fundamentais), o intermediário do direito ordinário (que produz normas gerais procurando operacionalizar tais bens essenciais ao convívio interpessoal), e o concreto do direito judiciário (realizado nos fatos da vida pelos administradores e juizes), bem como realçar a importância do diálogo entre as perspectivas lógica (ordenamento jurídico como uma cadeia de comando dotada de força imperativa, formada de cima para baixo e tendente à idolatria do direito constitucional) e teleológica (plasticidade inerente à vida social de que brotam os valores cuja mediação opera no plano da ideologia, com risco de exaltação do empírico e do direito judiciário), critica a tendência de constitucionalização do direito ordinário, acentuada com a extensão, pela Constituição Federal, de sua matéria normativa, a inscrição, no Código Civil de 2002, de cláusulas gerais e conceitos indeterminados e o desrespeito à autonomia existente entre direito constitucional e ordinário, como se este estivesse imediatamente submetido àquele (fenômeno que chama de “totalitarismo jurídico” ou “colonialismo” do direito constitucional), o que se agravaria com a fusão da jurisdição ordinária e constitucional num mesmo órgão judiciário (STF), enquanto diversamente nasceriam os valores da realidade fática da dignidade humana, assumindo dimensão metafísica, geral, abstrata e universal, de modo que, para serem reconcretizados pelo direito, através de legislação ou sentença, teriam de passar por um processo de mediação, quando deixariam de ser valores gerais, abstratos e universais, contaminando-se de interesses e ideologias que envolvem a vida concreta (“Ou seja: os valores enquanto valores só existem no plano fundamental do ordenamento jurídico. Toda concretização, seja no plano intermediário da lei, ou no plano concreto dos fatos, envolve, ainda que em grau mínimo, uma ideologização”). (Direito constitucional, direito ordinário, direito judiciário. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS*, n. III, p. 12-13, mar. 2005.). Os princípios não se prestariam, portanto, a dizer o que fazer (tarefa ideologizante deixada aos cuidados do legislador), nem poderiam ser aplicados diretamente pelo magistrado sem prévia mediação legislativa, servindo apenas à função de controle de constitucionalidade da legislação preexistente, a ser examinada, corrigida e julgada. Acaso não houvesse autonomia do legislador, o direito constitucional deixaria de ser um direito de valores para ser formado por ideologias da pior espécie disfarçadas sob a pele de valores. (Idem p.14). Não se contentando o Judiciário em desfazer as opções equivocadas dos parlamentares, ao utilizar os princípios constitucionais para extrair da Constituição a norma que regulará o caso concreto em lugar da reputada inconstitucional, prática usual na fiscalização difusa ante a premência de solução da lide, violar-se-iam os princípios democráticos (a norma seria produzida por uma só pessoa e não objeto de deliberação plural), da irretroatividade da lei (retroagiria a fatos ocorridos no passado), da igualdade (serviria somente aos envolvidos e não aos demais indivíduos que se encontram na mesma situação) e da generalidade. Chama afinal atenção para a importância da equidade no processo de aplicação das normas aos fatos concretos (idem, p.15-16), cabendo, não obstante, indagar porque autorizar, ao revés, a combatida incidência imediata, racional e fundamentada, de princípios constitucionais não mediados legislativamente, que traria, em nosso entender, maior previsibilidade e possibilidade de controle das decisões judiciais que o indiscriminado recurso ao julgamento por equidade.

Ainda assim, sem prejuízo do exposto, não se pode defender seriamente o menosprezo, pelo intérprete judicial, de benfazeja concretização de algum princípio constitucional anteriormente operada pelo legislador dentro de sua esfera própria de competências, justamente no intuito de facilitar sua incidência em várias vertentes de maneira o menos traumática, dispar e subjetiva possível, pois nada mais pernicioso, em termos de segurança jurídica, que a obtenção de soluções opostas, conquanto endereçadas a situações fáticas análogas e calcadas na invocação abstrata do mesmo princípio normativo.

Não se ignora as dificuldades inerentes ao desempenho da jurisdição a partir da introdução de amplas pautas axiológicas nos ordenamentos constitucionais, que não se prestam a mais simples e segura técnica de subsunção positivista, carecendo de pressuposto fático (os princípios são normas que não fazem menção a fatos específicos da vida, mas a perspectivas de sentido e valor, com o que buscam adesão e não obediência) e demandando delicada relação de ponderação, dado se aplicar somente às regras os mais objetivos métodos de interpretação voltados ao texto da lei, pois o significado linguístico dos valores fundamentais é autoevidente, sendo não raro veiculados por expressões coloquiais, compreendidas mais por seu ethos e do que por sua literalidade, razões pelas quais Carl Schmitt, em 1931, renunciou os problemas advindos da complexidade de se aferir a validade de leis à luz de “pontos de vista fundamentais ou de princípios gerais que apenas impropriamente podem definir-se como normas”⁷², enquanto Kelsen recomendou, pelos mesmos fundamentos, extrema parcimônia ao se inscrever princípios nos ordenamentos jurídico-constitucionais, contra o excesso de discricionariedade judicial, o que o levava a optar por um conceito formal de Constituição, voltada exclusivamente a regular os modos de produção normativa, alertando que o poder de um Tribu-

⁷² *La defensa de la constitución*, tradução de M. Sanchez Sarto, Madrid: Labor, 1931, reimp. com prólogo de P. de Vega, Madrid: Tecnos, 1983, p. 43, ao sustentar que o defensor da Constituição deveria ser o Chefe de Estado, eleito democraticamente pelo povo, pois atribuir o controle de constitucionalidade a um órgão judicante implicaria indevida transferência de poder soberano ao Judiciário (cuja função não seria defender Constituição, mas os direitos fundamentais das pessoas via aplicação da lei ao caso concreto) e a respectiva politização do Tribunal Constitucional, com a transformação do Estado Parlamentar legiferante em Estado Judiciário, visto que declarar a inconstitucionalidade consubstanciaria função política soberana incumbente à unidade do povo, através do Parlamento, ou, mais especificadamente, de um órgão de “Segurança Social e Democrática” pertencente ao “Poder Moderador”, recrutado entre o povo, independente e político-partidariamente neutro, a fim de arrostar o risco de controle político do Tribunal, por conta da forma de escolha e indicação de seus ocupantes. No mesmo sentido, conferir, *Legalidade e legitimidade*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, apresentação de Joaquim Carlos Salgado, p. XXVI-XXVIII.

nal Constitucional que viesse a anular uma norma por “injusta” a partir de exegese principiológica seria insuportável⁷³, como se se cuidasse de simples questão de técnica de redação do constituinte originário, e não de profunda transformação social, a verdadeira responsável pela passagem do modelo de regras do Estado Liberal “Legislativo” do século XIX ao de princípios do Estado Constitucional dos séculos XX e XXI⁷⁴.

Entretanto, tratando-se de realidade irreversível e de cujo enfrentamento não se pode escusar o julgador ao verificar a compatibilidade das leis e demais atos normativos com a Constituição em vigor, importa repisar a importância da delimitação do espaço de legítima e atípica atuação normativo-judicial que não fira de morte a separação de poderes.

⁷³ A garantia jurisdicional da Constituição. In: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 169. “[...] não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve, por conseguinte aplicar. Mas nesse caso a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção que a maioria dos juizes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei. [...] Para evitar tal deslocamento de poder – que ela com certeza não deseja e que é totalmente contra-indicado do ponto de vista político – do Parlamento para uma instância a ele estranha, e que pode se tornar representante de forças políticas diferentes das que se exprimem no Parlamento, a Constituição deve, sobretudo se criar um tribunal constitucional, abster-se desse gênero de fraseologia, e se quiser estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, formulá-los da forma mais precisa possível”. Confira-se também, do mesmo autor, Quem deve ser o defensor da constituição? em Hans Kelsen, *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 262-263: “Não se pode negar que a questão lançada por Schmitt a respeito dos limites da jurisdição em geral e da jurisdição constitucional em particular seja absolutamente legítima. Nesse contexto, porém, a questão não deve ser colocada como um problema conceitual de jurisdição, mas sim como um problema sobre a melhor configuração desta, devendo-se separar claramente ambos os problemas. Caso se deseje restringir o poder dos tribunais, e, assim, o caráter político de sua função, [...] deve-se então limitar o máximo possível a margem de discricionariedade que as leis concedem à utilização daquele poder. Além disso as normas constitucionais a serem aplicadas por um tribunal constitucional, sobretudo as que definem o conteúdo de leis futuras - como as disposições sobre direitos fundamentais e similares - não devem ser formuladas em termos demasiado gerais, nem devem operar com chavões vagos como ‘liberdade’, ‘igualdade’, ‘justiça’, etc. Do contrário, existe o perigo de uma transferência de poder - não previsto pela Constituição e altamente inoportuno - do Parlamento para uma instância externa a ele, ‘a qual pode tornar-se o expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no Parlamento’. Essa porém não é uma questão específica da jurisdição constitucional”.

⁷⁴ Catha, nesse passo, trazer à tona a perspicácia de Zagrebelsky: “é preciso dar-se conta de que o ‘direito por regras’ do Estado de direito decimônico era algo qualitativamente distinto do ‘direito por princípios’ do Estado constitucional contemporâneo e de que esta mudança estrutural de direito tem que comportar necessariamente consequências muito sérias também para a jurisdição. Poderá dizer-se que nem sempre se tratam de consequências tranquilizadoras, no que se refere a certas exigências que em outro tempo se consideravam irrenunciáveis – por exemplo, a certeza e a previsibilidade das decisões judiciais e quiçá também a posição não engajada dos juizes. Mas não olhar a realidade para evitar ver seus aspectos menos tranquilizadores não a transforma de acordo com nossos desejos”. (*El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 112.).

A questão se revela especialmente problemática ante a inexistência de consenso doutrinário sequer quanto ao ambiente institucional que mais propiciaria o surgimento de posturas judiciais ativistas.

Nesse passo, tem-se, de início, o escólio de Roger Stiefelman Leal⁷⁵, rechaçando uma suposta tendência hodierna de convergência entre os dois principais sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade (difuso-incidental-concreto-norte-americano e concentrado-principal-abstrato-europeu), atribuída, supostamente, entre outros: a) à introdução do incidente de inconstitucionalidade no modelo europeu (iniciada com a reforma constitucional austríaca de 1929 e que atribuíra caráter relativamente concreto à fiscalização realizada pelo Tribunal Constitucional, além de reconhecer à autoridade judicial a prerrogativa de emitir implícito juízo de inconstitucionalidade antes de submeter a questão à instância responsável pela jurisdição constitucional); b) à similitude entre o *estare decisis* americano e a eficácia *erga omnes* continental (pese embora pouco aplicado o primeiro em matéria constitucional, constituindo elemento cultural de coerência interna do Judiciário que não veda a outros poderes ou autoridades que desenvolvam interpretações distintas da outorgada à Constituição pela Suprema Corte, enquanto a regra europeia também possui natureza impositiva externa); c) à flexibilidade no arbitramento das eficácias *ex tunc* e *ex nunc* aos julgados de inconstitucionalidade (Kelsen já o admitia, excepcionalmente, no modelo concentrado de anulabilidade); d) à configuração da Suprema Corte Americana como órgão que opta por apreciar somente os casos de maior relevância constitucional, via *writ of certiorari*; e) à superação da figura do legislador negativo no sistema do velho continente, emitindo as Cortes Constitucionais provimentos de natureza positiva consubstanciados em sentenças aditivas de sentido ou substitutivas, instrumentos de modulação da eficácia temporal de suas decisões e demais técnicas interpretativas, e; f) à instituição de figuras híbridas (correspondentes à cumulação de aspectos processuais vigentes em ambos os sistemas, sem a verdadeira formação de um *tertium genus*), como no caso do Brasil⁷⁶.

⁷⁵ A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 14, n. 57, p. 62-79, out.-dez. 2006.

⁷⁶ Para Elival da Silva Ramos, o sistema brasileiro é difuso por excelência e não misto, como parte da doutrina insiste em afirmar, de vez que a todos os órgãos judiciais é deferido o poder de controlar a constitucionalidade, seja pelo método incidental, seja pelo principal, assim tendo nascido na Constituição de 1891 por inspiração americana e continuado até o presente, pois sequer o art. 97 da Carta de 1988 impediria os órgãos fracionários dos tribunais de declarar a constitucionalidade do ato

Nega a tais circunstâncias o condão de afastarem a utilidade da dicotomia ainda persistente e rebate a tese da aproximação significativa ao distinguir entre: a) jurisdição ordinária (julgamento dos casos concretos com base na lei) e b) jurisdição constitucional (julgamento das leis com base na Constituição), concentradas nos mesmos órgãos no monismo americano, em que o juízo de constitucionalidade é exercido por qualquer autoridade judicial (todos os tribunais ordinários também o são de justiça constitucional) e separadas no dualismo europeu, caracterizado por um órgão próprio incumbido de verificar a constitucionalidade em processo autônomo e separado do resto do aparato judicial a que se atribuiu, tão somente, o exercício da primeira (quem controla a legalidade não o faz no tocante à constitucionalidade e vice-versa), constituindo, de sua parte, os ditos modelos mistos, subespécies da estrutura americana, ao passo que penderia, em seu entender, um maior risco de abuso, arbitrariedade e ativismo judicial usurpador da separação de poderes na opção pela difusão, por concentrar o desempenho de funções num mesmo titular, de modo que seria dado ao juiz mais facilmente afastar a lei que tem o dever de aplicar por pura antipatia pessoal ou ideológica, mediante construção artificial de suposta ofensa ao texto constitucional a partir de interpretação principiológica que afasta as opções do legislador, sequer estando devidamente preparado a proceder à crítica das leis (senão à sua aplicação) enquanto magistrado de carreira, pois o desempenho da jurisdição constitucional reclamaria distinta sensibilidade político-institucional concernente às consequências políticas das decisões judiciais, de maneira que os membros das Cortes Constitucionais deveriam ser indicados por autoridades políticas, de cuja legitimidade democrática acabariam contaminados, tanto no sistema europeu como no americano⁷⁷.

impugnado e prosseguir com o julgamento, enquanto a regra flexibilizadora do art. 949, incisos I e II, do Código de Processo Civil, ao dispensar a submissão da questão ao plenário ou órgão especial na eventualidade de pronunciamento pretérito ou do Supremo Tribunal Federal, tampouco os obrigaria a seguir tais entendimentos por ausência de efeito vinculante. Já o fato de o Supremo e demais Tribunais de Justiça estaduais exercerem controle abstrato decorreria de normas de repartição de competência e não de eventual concentração, somente se podendo considerá-lo misto se igualmente sopesada a inconstitucionalidade por omissão, e, ainda assim, acaso não se refira à carência de norma legal ou administrativa que torne inviável o exercício de direitos fundamentais, passível de Mandado de Injunção, novamente perante a via difusa, ou quanto ao método de controle, que se dá tanto na via incidental, em que a questão constitucional é prejudicial ao mérito, como na via principal, em que constitui o próprio objeto do processo. Ao associar tais métodos, visara o constituinte tão somente uniformizar as decisões e dar maior abrangência quantitativa à fiscalização principal e abstrata, conferida a um número menor de legitimados. (*Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 237-339.)

⁷⁷ Idem, p. 76-78.

Ocorre que, em sentido contrário, vale conferir a igualmente fundamentada lição de Victor Ferreres Comella⁷⁸, de que a concentração do sistema de controle em mãos de um Tribunal Constitucional é que incentivaria o ativismo judicial, por lhe ser mais difícil evitar o enfrentamento da questão de constitucionalidade, dado ser o único órgão competente, atraindo visibilidade pública e especialização, a par de decidir em abstrato, distanciado das peculiaridades do caso, o que o obrigaria a apreciar todas as consequências jurídicas decorrentes da lei impugnada, com o agravante de ser estruturalmente mais frágil e dispensável, não gozando do mesmo prestígio que os tribunais ordinários, tradicionalmente considerados imparciais e isentos de pressões políticas, donde a importância da adoção de regras formais de proteção no próprio texto constitucional e de que fale publicamente com uma única voz, forçando a deliberação de consenso, para que suas decisões sejam aceitas externamente, sem olvidar que desenhado, por natureza, para o reconhecimento da inconstitucionalidade, sob pena de seu próprio descrédito, havendo, além da centralização do controle e do grau de pureza do tribunal, outros fatores responsáveis por atitudes judiciais ativistas, dentre os quais a forma de seleção de seus membros, a duração de seus mandatos, o grau de rigidez da Constituição, a força do precedente e a extensão do âmbito principiológico albergado pela Carta Maior.

Polêmicas doutrinárias à parte, parece ser comum aos dois sistemas de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade o risco de utilização indevida do direito via derivação apressada e não suficientemente fundamentada, junto aos princípios constitucionais, de regras aplicáveis em substituição àquelas estabelecidas pelo legislador⁷⁹.

⁷⁸ *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial – algunas reflexiones acerca del activismo judicial.* p. 1. Disponível em: <<http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/FerreresPaperSpanishSELA2004.pdf>>.

⁷⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.* Tradução de Marina Gascón. 9. ed. Madrid: Trota, 2009, p. 152. “O uso alternativo do direito consistia, no essencial, em uma amputação, é dizer, em uma categorização de sentido e de valor do caso à luz da Constituição e na dedução da regra a partir de seus princípios, como se estes constituíssem um sistema fechado sem espaços para o legislador. Em um risco de uso alternativo do direito incorre também a Corte constitucional quando pretende decidir as questões de constitucionalidade sem limitar-se a eliminar a lei inconstitucional e a deferir ao legislador a aprovação de uma nova regra. Quando a própria Corte estabelece a regra que extrai diretamente da Constituição e a indica sem nenhuma alternativa, termina dando uma interpretação fechada do marco constitucional, debilitando os direitos do legislador e o caráter político de sua função e reduzindo suas leis a tímidas propostas facultativas. Justificam-se assim as reservas não apenas em relação às chamadas sentenças-lei, mediante as quais a Corte constitucional determina a norma conforme com a Constituição que deve substituir a declarada inconstitucional, senão também em relação às motivações das sentenças constitucionais que restringem e limitam excessivamente a pluralidade de eleições legislativas futuras e em relação aos mandados dirigidos ao legislador que às vezes estabelecem os juizes constitucionais.”

Em resumo, a escolha de como melhor desenvolver a moralidade veiculada pelos valores constitucionais, em linha de princípio e preferentemente, deve incumbir ao Parlamento, enquanto ao Poder Judiciário (e ao Tribunal Constitucional) compete verificar, *a posteriori*, a compatibilidade da legislação ordinária assim produzida em face da Lei Fundamental, de modo que, segundo um padrão ideal de condutas, a ser perseguido na maioria das hipóteses trazidas ao conhecimento dos magistrados, o Legislativo procede a opções normativas dentre as possíveis e os juízes destroem, se o caso, as colidentes com a Constituição, evitando, não obstante, ao máximo, desenvolver por si só inéditas e arriscadas incursões normativas decorrentes da incidência direta de princípios constitucionais, dado não possuírem legitimação ou expertise suficientes, sem contar o risco de virem a violar outros tantos de mesma envergadura constitucional como os da legalidade, da igualdade, da generalidade e da irretroatividade da norma que venham porventura a elaborar em concreto.

Por força da orientação em desenvolvimento, todos os órgãos que controlam a constitucionalidade, especialmente os de cunho jurisdicional, quedariam adstritos, *a priori*, a verificar a plausibilidade dos equilíbrios entre os princípios sancionados pelas leis e demais atos normativos inquinados à vista da Carta Maior mediante profundo debate da razoabilidade, da racionalidade e da proporcionalidade das escolhas do legislador, porquanto, em regra, como pontifica Zagrebelsky, “A pluralidade dos princípios constitucionais, contra o que parece, deve representar para os juízes constitucionais um entrave ao seu intervencionismo. Compete-lhes, em linha de máxima, destruir, não reconstruir, sendo a reconstrução a tarefa que deve ser deixada ao trabalho do legislador”⁸⁰.

Mesmos nos casos difíceis, em que é inevitável a intromissão judicial na esfera política, por conta da indeterminação de um texto redigido predominantemente sob a forma de princípios que outorgam grande

⁸⁰ O estado constitucional. Tradução de Carlos Bastide Horbach e José Levi Mello do Amaral Júnior. Revisão de Ada Pellegrini Grinover. Colaboração de José Jesus Cazetta Junior. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. (Coord.). *Direito constitucional, estado de direito e democracia – homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 291-314. Não é outro o ponto de vista de Elival da Silva Ramos, ao mencionar que os princípios comportam mais naturalmente desmembramento em nível infraconstitucional, disto resultando importante entrave à atividade concretizadora da Constituição pelo Poder Judiciário: as normas de desdobraimento, que gozam de autonomia regulatória, devem ser inicialmente formuladas pelo Legislativo e posteriormente submetidas a controle jurisdicional de constitucionalidade. (*Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 185-187.).

margem de liberdade ao intérprete jurisdicional, há de se ter presente que, por outra banda, à míngua de freios impostos ao processo exe-gético, estar-se-ia a lhe outorgar uma espécie de poder constituinte derivado e “implícito”, não previsto na Lei Fundamental e consistente na faculdade de atribuir significado único a valores controvertidos (ou, quando menos, não unívocos), independentemente de prévia regulamentação legislativa sobre a matéria, ou mesmo contrariamente a ela, de modo a invadir e aviltar o âmbito de competências reservado ao parlamento aos demais poderes de estado, não se descartando venha o Judiciário a modificar o sentido e conteúdo da própria Constituição sempre que parem dúvidas sobre se o ato controlado respeitara ou não o âmbito das possibilidades permitidas pelos princípios albergados pela mesma.

Dessa maneira, a despeito da complexidade da hipótese trazida à apreciação do julgador, por razões democráticas ser-lhe-á sempre preferível decidir em favor da maioria parlamentar plasmada na legislação guerreada, declarando-a constitucional, se o caso, ao menos por ora, sem prejuízo de reconhecer, simultaneamente, que os argumentos invocados pela minoria em sentido contrário possuem peso igualmente considerável e são suficientes para suscitar dúvidas razoáveis acerca da indigitada violação da Carta Magna, com o que o Poder Judiciário passaria a desempenhar inédito e relevante papel de árbitro das questões fundamentais constitucionalmente controvertidas⁸¹.

Nada impede, outrossim, venha porventura a Corte Constitucional a declarar a constitucionalidade do ato controlado, mas teça concomitantes recomendações ao legislador ou ao administrador para que o reformem no futuro, ajustando-o à melhor interpretação da Constituição estabelecida no bojo do *decisum*.

Ilustrativamente, em solo espanhol, Markus González Beilfuss⁸² refere o emprego de alternativas viáveis à tradicional declaração da nulidade *ex tunc*, citando um modelo unilateral, em que o próprio Tribunal Constitucional restabelece, de imediato, a normalidade jurídica ao vencer o vazio normativo através da prolação de sentenças interpretativas com efeitos aditivos, e outro multilateral, menos radical e mais indicado, pelo qual as três instâncias decisórias (Tribunal Constitucional, legislador e tribunais ordinários) colaboram mutuamente na reparação da inconstitucionalidade, segundo seu âmbito específico de

⁸¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político*. Tradução de Eduardo Ribeiro Moreira. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 8 jun. 2010.

⁸² *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000. p. 319-334.

competências, mediante, exemplificativamente: a) a modulação dos efeitos temporais da declaração de nulidade; b) a declaração da inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; c) a reconstrução da nulidade em nível exclusivamente principiológico pela Corte Constitucional, acompanhada de sua pormenorização em cada caso concreto pelos demais órgãos judiciais ordinários; d) a criação de regime jurídico provisório até o advento de nova legislação parlamentar; e) o estabelecimento de prazo certo para a aprovação pelo Legislativo de norma reparadora com imediata previsão de efeitos jurídicos a se produzirem na eventualidade de descumprimento.

Transplantada tal ordem de ideias para o Brasil, os Ministros do Supremo Tribunal Federal não devem ceder à tentação de decidir de forma puramente subjetiva, discricionária e fulcrada em valores externos ao direito (por vezes, os seus próprios ou os advindos de pressão midiática-popular), mas, sim, limitados por uma “esfera carregada de princípios de justiça”⁸³ que estruturam a sociedade e adstritos ao dever de fundamentar (CF, art. 93, IX), não estendido aos demais poderes, precisamente por conta do déficit de legitimidade democrática de que padecem, de modo que, ao atribuírem uma única e vinculante interpretação alegadamente compatível à Constituição a determinado dispositivo legal sindicado (art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99 c.c. art. 102, § 2º, da Constituição Federal), estariam a atuar de maneira análoga ao Parlamento, corrigindo, estendendo ou modificando o alcance da norma segundo parâmetros não imaginados pelo legislador, de modo a excepcionar a cláusula da inacumulabilidade de funções, mas nem por isto afrontaria a separação de poderes, cuidando-se tal proceder de clara manifestação da tendência mundial contemporânea de transferência de poder político-majoritário para a seara jurisdicional, já atrás comentada, e de respectiva centralização da tarefa interpretativa nas mãos do órgão da cúpula do Poder Judiciário nacional.

Em outras palavras, constatada a premência social de que venha o órgão controlador da constitucionalidade superar, de maneira excepcional, limitada, racional e fundamentada, a premissa de que somente poderia desfazer as escolhas do parlamento, evolui-se, com maior ou

⁸³ A contribuição é de Oscar Vilhena Vieira. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 230.

menor intensidade segundo a prática de cada país⁸⁴, para um regime em que a jurisdição constitucional igualmente corrige omissões, supre lacunas e manipula, moderadamente, o conteúdo do direito existente, sem sacrificar a separação de poderes, de vez que tal criatividade normativa não advém propriamente do nada, representando, ao contrário, um tipo intermédio de solução hermenêutica lógico-integrativa destinada à adequação do texto impugnado à intenção do constituinte e tendente a eliminar situações discriminatórias ou excludentes, de forma a contribuir, auspiciosamente, à concretização de valores fundamentais inscritos na Carta Política.

Assim se reconheceu, exemplificativamente, nos Acórdãos portugueses de nº 962/96 (em que se declarou a inconstitucionalidade de norma na parte que condicionava a concessão de assistência judiciária gratuita a estrangeiros e apátridas necessitados à prévia obtenção de asilo ou estatuto de refugiado) e 728/98 (em cujo bojo se reconheceu a nulidade parcial do art. 85 do Código de Processo das Contribuições e Impostos no tocante à exigência de comprovação de violência, preterição de formalidades ou denegação de Justiça pelas autoridades fiscais como requisito de admissibilidade recursal para o Superior Tribunal Administrativo), bem como, em solo pátrio, no voto-vista proferido pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos do Recurso Extraordinário nº 405.579/PR, contrário ao do Ministro Relator Joaquim Barbosa (que lhe negara provimento por suposta impossibilidade do Poder Judiciário conceder às empresas que atuam exclusivamente no mercado de reposição de peças automotivas os privilégios fiscais do art. 5º, § 1º, X, da Lei nº 10.182/2001 previstos apenas para as montadoras - redução de 40% da alíquota do imposto de importação sobre peças e pneus, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes), sob a fundamentação de que uma apressada conclusão pela inconstitucionalidade total do dispositivo seria “tão simples quanto equivocada”, devendo o Supremo encontrar solução criativa (decisão manipulativa de efeitos aditivos) que superasse o “vetusto” dogma kelseniano do legislador negativo e aliar-se à linha jurisprudencial mais progressiva das decisões interpretativas com eficácia aditiva adotada pelas principais Cortes europeias e exercer “função reparadora” ou “restauração corretiva da ordem

⁸⁴ Para a doutrina predominante, no atual estágio do desenvolvimento da matéria sequer seria cabível perquirir se deveria ou não ser tal prática construtivista admitida em sede interpretativo-jurisprudencial, mas apenas perscrutar quais suas balizas. (MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: _____. (Coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 98.).

jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade”, mediante utilização das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, estendendo a isenção em apreço aos demais contribuintes e corrigindo a “arbitrária e inconstitucional” discriminação operada, sem afronta à separação dos poderes, pois não se estaria retirando do Legislativo a possibilidade de superar a violação à isonomia ao regulamentar novamente a questão, ao passo que também o Executivo poderia alterar a alíquota do imposto por meio de decreto, a fim de superar os impactos orçamentários da decisão aditiva, de forma que os três casos referidos se fundaram em incidência direta do princípio da igualdade, sem implicar, porém, valoração subjetiva do intérprete jurisdicional ou usurpação das típicas funções do legislador ou do administrador, permanecendo os tribunais no legítimo âmbito de atuação da Justiça Constitucional ao evitar apenas impor aos interessados efeitos mais onerosos que os veiculados pelas normas declaradas parcialmente inconstitucionais, sem que se apartassem do dever de convencimento dos destinatários finais das decisões proferidas acerca de sua correção, necessário a legitimá-las aos olhos do povo, por meio das respectivas justificativas e fundamentações racionais esposadas.

Do contrário, uma anacrônica, rígida e estanque adoção do arquétipo clássico da separação de poderes, ainda predominante em nosso Pretório Excelso, segundo Virgílio Afonso da Silva, conduziria à indevida omissão do Tribunal em casos de relevância política⁸⁵, sob a pueril escusa de se encontrar atado à atuação puramente negativa, em contraste com a própria Constituição Federal, que, através de seus princípios, mais que prever direitos fundamentais negativos, impôs igual dever de prestações positivas, não encontrando seu sedizente guardião espaço para inação diante da desídia parlamentar, sem que substitua o Congresso em todos os casos de omissão, o que o transformaria em irracional e voluntarista definidor de políticas públicas, mas cobrando e iniciando saudável diálogo entre os poderes estatais calcado na premissa de que sua decisão não constitui a última palavra sobre o assunto, mas parte de uma conversa incessante, não sendo o poder de decisão final atribuído a nenhum deles em particular, mas compartilhado pelos três, mediante o estabelecimento de relação harmoniosa em que todos se apresentam como responsáveis perante a sociedade civil⁸⁶.

⁸⁵ Cf. RTJ 126/48 (68 e SS); 143/57 (59); 146/461 (465); 153/765 (768); 161/739 (745); 175/1.137 (1.139); 177/657 (663); 178/22 (23 e 29 e ss.).

⁸⁶ Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 129-130. O STF e o controle de consti-

Com isto, uma admissibilidade restrita, solidamente fundada e objetivamente limitada da interpretação judicial conforme a Constituição, responde suficientemente às principais críticas dirigidas pela doutrina ao ativismo judicial, a saber: a) indevida usurpação do poder normativo ordinário inerente ao Legislativo e também ao Executivo em menoscabo da separação de poderes, de vez que, não raro, sob o pretexto de operar de maneira integrativa, os órgãos jurisdicionais fiscalizadores acabariam os substituindo e impondo soluções arbitrárias retoricamente apresentadas como consonantes a Constituição⁸⁷; b) ilegitimidade democrática e incompetência absoluta para integrarem, de pronto, os vácuos normativos decorrentes de anterior declaração de nulidade parcial, a serem preferentemente devolvidos e preenchidos com força obrigatória pelo próprio legislador censurado, que gozaria, afinal; c) de preferência manifestada pelo constituinte originário enquanto instância concretizadora e revisora da Lei Fundamental.

O ponto de equilíbrio, ora vaticinado, não ignora e se esforça em contornar o risco de irrefreada exegese jurisdicional conceder eventualmente ao controlador da relação hierárquica estabelecida entre a Constituição e os demais atos inferiores poder manipulativo ilimitado sobre o conteúdo, a extensão e o significado de ambos, chancelando, em casos extremos, o que a Lei Fundamental objetivamente não diz, de maneira a impor como universalmente válidas convicções puramente subjetivas do intérprete e colidentes com parâmetros objetivos gravados pelo constituinte originário, em manifesto desrespeito à tripartição garantidora da liberdade do indivíduo e do próprio princípio democrático:

É que, pese a refração natural das próprias pre-compreensões dos juizes nas suas decisões, importa sublinhar que ao Estado de direito democrático não interessa um juiz filósofo ou legista que corrija positivamente as omissões e lacunas do

tucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública, *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 220, 2009. Ilustrando o raciocínio com o momento final do controle difuso de constitucionalidade brasileiro (CF, art. 52, X), dada a mera possibilidade (e não obrigatoriedade) de suspensão da execução, com efeitos gerais, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo, espécie de “legislative override” (superação da decisão de nulidade pelo parlamento).

⁸⁷ E, o que é mais grave, com força vinculante, argumento válido no Brasil diante do art. 103-A da Constituição de 1988 e do art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, calhando a advertência de Zagrebelsky de que “Nenhum princípio constitucional é invocável para argumentar em favor de uma posição aristocrática do Tribunal Constitucional que intente indicar unilateralmente e com eficácia erga omnes as normas destinadas a colmatar lacunas derivadas da inconstitucionalidade da lei”. (*La giustizia costituzionale*. Milano: Il Mulino, 1988. p. 301.).

ordenamento através de comunicações metapsíquicas com o “espírito da lei”, mas sim um juiz que, ao abrigo da função jurisdicional, garanta a Constituição e aplique o Direito devido⁸⁸.

Ao revés, faz questão de enfatizar que, se é pacífica a admissão pelo Direito Constitucional contemporâneo da flexibilização das cláusulas-parâmetros em que se desdobra o princípio da separação de poderes (independência e harmonia, indelegabilidade e inacumulabilidade de funções), não se tem por menos verdadeira a advertência de Anna Cândida da Cunha Ferraz⁸⁹, de que a interferência de um sobre o outro somente será admissível quando vise realizar a ideia fim (garantia das liberdades individuais, limitação do poder político e vedação de abusos discricionários), não franqueando eventual dominação, cediço que a ampliação desmesurada e ilimitada da exceção à regra da inacumulabilidade, traduzida pelo incremento superlativo da revisão judicial e da judicialização da política, conduziria ao esvaziamento de seu conteúdo, tornando-a meramente nominal, donde a premência de se calibrar quais os parâmetros minimamente aceitáveis para que tal transferência de poder normativo atípico aos órgãos jurisdicionais não viole o sistema de freios e contrapesos que obriga os três poderes a atuarem “de concerto”, separada e moderadamente, não obstante a constatação de que a expansão da atividade jurisdicional leva à proporcional restrição do espaço de interpretação do legislador, o que não impede, antes estimula, a incessante procura por uma ótima conformação legislativa e um refinamento do Direito Constitucional que resguardem o núcleo fundamental da tripartição de poderes, “condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de Democracia”⁹⁰.

Muitas das críticas formuladas à jurisdição constitucional e ao ativismo judicial, em razão dos atritos com o legislador democrático e da

⁸⁸ MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: _____. (Coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 101-102. Ressalvando que, na prática, a maioria das decisões aditivas tem exibido baixa carga político-ideológica, voltando-se à reparação de lacunas axiológicas suscetíveis de lesar direitos fundamentais, especialmente os veiculados pelos princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica.

⁸⁹ *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 14.

⁹⁰ HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 49. (reimpressão 2002).

invasão da política, devem-se, em suma, à existência de Constituições carregadas de princípios cuja leitura e aplicação implicam conflitos a serem resolvidos pelo Poder Judiciário discricionário, porém não arbitrariamente, donde o paradoxo da jurisdição constitucional de nosso tempo: a consagração de direitos fundamentais e de princípios de justiça material na Lei Fundamental suscita problemas com o Parlamento, porém, para que se separe e controle plenamente o poder político, inclusive o do Legislativo, é necessário conceber a Constituição não como uma carta formal de distribuição do poder, mas também como garantidora de princípios materiais a serem impostos obrigatoriamente e que não se confundem com os singelos direitos de participação no processo democrático, insuficientes à proteção adequada das minorias, devendo antes consagrar concepções plurais e compromissórias de justiça presentes na vida social e política⁹¹.

Nessa perspectiva, a democracia somente se faz possível acaso cada cidadão aceite que suas opiniões valem tanto quanto as dos demais atores sociais, inclusive a dos juízes, sendo o caráter contingente da política uma virtude viabilizadora da liberdade, enquanto ao direito caberá minorá-lo e permitir o planejamento do futuro, por razões de segurança jurídica: “La política como contingencia, el derecho como negación de la contingencia. Se intentamos sujetar la política al derecho, podemos perder ambos: al derecho porque se hace contingente, vulgarizándose; la política porque se hace no-contingente, en el sentido de que se transforma en una actividad puramente gerencial, reducida a simple racionalidad de medios, pues los fines a los que esa actividad gerencial se orienta ya están determinados por la constitución y sus intérpretes autorizados”⁹².

Significa se render à constatação de que, a despeito de todo o esforço teórico gasto na tentativa de sistematizar, racionalizar e

⁹¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os limites da justiça constitucional*: a invasão do âmbito político. Tradução de Eduardo Ribeiro Moreira. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 8 jun. 2010. Aponta a autora como solução uma leitura procedimental da Constituição, pela qual, em um mundo pluralista, caracterizado pelo relativismo ético, não se poderia pretender a imposição de valores indiscutíveis, sendo o único fundamental a igualdade dos homens, traduzida pelo ideal democrático, via participação de todos, sob as mesmas condições, na formação das decisões coletivas, de modo que a Lei Fundamental não imporia resultados políticos legítimos, mas instauraria um processo legítimo (a democracia) para a adoção de decisões políticas fundamentais, do que resultaria uma concepção restritiva de justiça constitucional, limitada a manter abertos os canais de participação popular e controlar o respeito aos direitos políticos, essência da participação e do debate democráticos, sem condicionar a decisão final.

⁹² Idem.

delimitar o indispensável manejo de liberdade interpretativa por parte dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário ou do Tribunal Constitucional, ter-se-á contínua e inevitavelmente presente o risco de virem a se sobrepor à interpretação constitucional legislativa, a começar pelo monopólio da palavra final sobre as dúvidas surgidas, difusa ou concentradamente, no tocante à constitucionalidade de quaisquer normas componentes do ordenamento, passando pelo fato de as decisões da Justiça Constitucional serem tão mais importantes e de maior repercussão quanto mais alta for a competência dos órgãos que a exercem, para culminar com certas peculiaridades que contribuem para o deslocamento do antigo eixo da soberania parlamentar para a esfera da jurisdição constitucional: a) quanto mais concisa, sintética e genérica a Constituição, mais ampla, profunda e extensa será a atividade interpretativa a incidir sobre seus elásticos princípios em sede de controle de constitucionalidade; b) se a Carta impõe muitas limitações aos poderes constituídos, maior será a frequência com que se recorrerá aos tribunais para contestá-las; c) em regra, não há matéria constitucional subtraída do controle jurisdicional, salvo clausulação pétrea, o que, nos termos do art. 60, § 4º, da Lei Brasileira, tampouco impedirá nova intervenção jurisdicional quanto às propostas de Emenda que tendam a abolir ou modificar o regime das matérias elencadas em seus incisos.

Acatada a alternativa propugnada, o exercício da função jurisdicional abandona, indubitavelmente, o parâmetro puramente negativo (afastar a legislação contrária à Lei Fundamental), mas nem por isso atenta contra a independência e harmonia dos poderes estatais tripartites, passando o Judiciário (e/ou o Tribunal Constitucional) a articular o debate público em torno dos “essenciais constitucionais” via processos argumentativos, de ponderação e racionalização destinados a minudenciar o sentido jurídico dos preceitos éticos incorporados pela Constituição, pese embora não haja, sinceramente, plena garantia de que o processo de interpretação constitucional, por melhor estruturado que seja, leve sempre a uma única decisão correta, conforme lapidar arremate de Oscar Vilhena Vieira:

[...] aos juízes não cabe escolher arbitrariamente o conteúdo que irão emprestar aos valores protegidos constitucionalmente de forma aberta, mas argumentar livremente sobre qual o sentido mais adequado para dar eficácia aos princípios de justiça incorporados pela constituição [...] O ponto crucial de controle desta atividade argumentativo-

decisória é a obrigação do magistrado de fundamentar e justificar as razões que o levaram a uma determinada decisão. É este imperativo, inexistente na esfera do Legislativo, que faz do procedimento argumentativo-decisório, levado a cabo pelo judiciário, um instrumento mais propício para se decidir questões de princípios [...] É através da racionalização e da argumentação contida na motivação da decisão judicial que os tribunais assumem o papel de discutir, publicamente, o alcance dos princípios e direitos que constituem a reserva de justiça do sistema constitucional. Caso consigam levar a cabo esta tarefa, poderão se transformar num fórum de extraordinária relevância dentro do sistema democrático, onde muitas vezes os valores fundamentais ficam submetidos ao decisionismo majoritário. Com isto não se pretende estabelecer uma hierarquia entre procedimento judicial e procedimento democrático, mas estabelecer - ainda que idealmente - um procedimento racional para a discussão e aplicação dos princípios de justiça que servem como limites habilitadores do sistema democrático⁹³.

5. Conclusões

5.1. O modelo clássico da tripartição de poderes, idealizado por Montesquieu e agasalhado pelo constitucionalismo liberal, patrocinava a supremacia parlamentar como remédio contrário ao arbítrio estatal e outorgava diminuto espaço criativo aos intérpretes jurisdicionais, interditando-lhes o suprimento de omissões ou a correção de falhas da legislação ordinária em face da Constituição, pelo temor de que viessem a atuar como “legisladores positivos”;

5.2. A crise contemporânea do Parlamento deve-se à politização do processo legislativo, aos estigmas de leviandade, abundância, transitoriedade e irrelevância de conteúdo da lei, tomada como trunfo voltado à proteção de particularismos dos poderosos ao invés de endereçada ao

⁹³ A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 240 e 249-253.

interesse maior da coletividade, bem como à sua incapacidade de fazer frente às necessidades do Estado do Bem-Estar Social intervencionista, de maneira a favorecer a delegação de função normativa atípica ao Executivo, detentor de mesma legitimidade democrática que os parlamentares, e aos juízes, a quem, na Inglaterra, fora originalmente confiada a sobreposição da *common law* tanto ao absolutismo do rei como do parlamento, teoria cujos frutos propiciaram, nos Estados Unidos, o incremento da revisão judicial e da primazia do Poder Judiciário e dos Tribunais Constitucionais experimentados na segunda metade do século XX, cuja atitude hermenêutica deixou de ser a puramente mecânica até então patrocinada pelo positivismo jurídico, passando a envolver, necessariamente, algo de criação do Direito;

5.3. A constitucionalização de direitos favoreceu o surgimento do ativismo judicial, definido como o exercício de função jurisdicional para além dos limites previstos pelo ordenamento, valendo-se da positivação de princípios de direito natural nas cartas políticas contemporâneas e do próprio beneplácito dos Poderes Executivo e Legislativo ao relegarem aos tribunais o delicado enfrentamento de questões políticas impopulares e indesejáveis de sujeição ao debate público, resultando de acordo estratégico firmado entre elites políticas, econômicas e judiciais pouco comprometidas com uma visão universal dos direitos humanos;

5.4. Aspirando à manutenção do *status quo* e à paralisação de políticas majoritárias verdadeiramente democráticas em termos de participação popular, a transferência de poder parlamentar para a seara judicial não traduz impacto significativo em termos de redução das desigualdades sociais e transforma as Cortes Constitucionais em corpos políticos de tomada de decisões conservadoras, não obstante suas parcas credenciais democráticas para perpetrarem as escolhas morais fundamentais de cada nação e sua natureza essencialmente contramajoritária;

5.5. No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 em muito contribuiu para o fenômeno da politização da justiça ao atribuir ao Judiciário o papel de guardião da legitimidade e não apenas o da legalidade, ao ampliar o alcance da ação popular, da ação civil pública e do mandado de segurança, a par de prever instrumentos de controle direto da ação governamental, como o mandado de injunção e o *habeas data*, alargar o controle jurisdicional da constitucionalidade, conferindo ampla legitimidade à propositura de ações diretas (art. 103, § 4º), prevendo a fiscalização da omissão inconstitucional e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º), não bastasse a inscrição de objetivos fundamentais indeterminados em princípios

vagos e suscetíveis de diferentes interpretações, conquanto sujeitos a controle judicial, inclusive sobre a razoabilidade das leis, o que pode facilmente redundar em ativismo judicial usurpador das competências inerentes aos demais poderes, em especial do já historicamente com-balido Legislativo;

5.6. Em reação à paralisação da ação governamental causada por medidas judiciais embasadas em principiologia constitucional fluida e aberta, no caso brasileiro, assiste-se nos dias que correm a um movimento de concentração do controle de constitucionalidade nas mãos do Supremo Tribunal Federal, mediante o estabelecimento de figuras como a redundante ação declaratória de constitucionalidade (EC n. 3/93), a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes às decisões proferidas em sede de controle abstrato e concreto, a possibilidade de modulação no tempo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (forte nas Leis 9.868/99 e 9.882/99), a previsão da edição de súmulas vinculantes (CF, art. 103-A) e a atribuição de Repercussão Geral em sede de Recurso Extraordinário (CPC, art. 1035, §§ 5º e 11), capazes, na prática, de transformarem em lei o entendimento da Corte acerca de determinada matéria, de forma a alçá-lo à posição de terceira câmara legislativa e informal detentor de poder constituinte derivado capaz de modificar o sentido da própria Lei Fundamental a partir de um juízo de discricionariedade política, como se logra constatar de sua mais recente atuação e jurisprudência;

5.7. O constitucionalismo contemporâneo resgatou valores éticos e morais compartilhados pela comunidade e os integrou no arcabouço jurídico sob a forma de princípios dotados de força normativa, disto decorrendo inédito e imenso poder conferido aos juízes em detrimento do Legislativo, sopesada a possibilidade de afastarem a incidência de comandos normativos objetivos, sob a pecha de inconstitucionais, a partir de interpretação haurida junto a tais conteúdos indeterminados inscritos na Constituição e possuidores de sustentada supremacia axiológica;

5.8. Pese embora a inscrição de cláusulas abertas na Constituição o leve a ingressar na árdua esfera dos conceitos morais, mesmo nos casos mais complexos, o Poder Judiciário não deve ceder à tentação de decidir de maneira arbitrária ou demagógica, mas, sim, a) limitado por uma esfera carregada de princípios de justiça que estruturam a sociedade; b) adstrito ao dever de fundamentar (CF, art. 93, IX); c) obediente à eventual e benfazeja interposição legislativa da lavra do Parlamento, que cuide de previamente desdobrar o princípio constitucional de que lança mão no caso concreto; e, d) cômico dos limi-

tes e das possibilidades exegéticas do texto normativo sindicado, de modo a assumir salutar postura intermediária pela qual, para além de legislador negativo, capitaneará o debate estabelecido em torno dos “essenciais constitucionais” da nação, via processos de argumentação, ponderação e racionalização voltados à determinação do sentido jurídico dos preceitos éticos incorporados pela Lei Fundamental, com o que ocupará relevante papel de árbitro das questões constitucionais e mitigará a inevitável dose de incerteza e insegurança jurídica inerentes à interpretação contemporânea, incapaz de conduzir sempre a uma única decisão correta, senão à mais adequada e convincente à luz das peculiaridades da lide a solver, sem menoscabo, outrossim, concomitantemente, dos princípios democráticos e da separação de poderes.

Bibliografia

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de “O espírito das leis”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 868, p. 53-68, fev. 2008.

APPIO, Eduardo Fernando. *Interpretação conforme a constituição: instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____. (Org.). *A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. As modernas formas de interpretação constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 6, n. 24, p. 45-50, jul.-set. 1998.

BEILFUSS, Markus González. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000.

BERCOVICCI, Gilberto. A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 45, p. 79-89, 2007.

BITTAR, Carlos Eduardo Bianca. *O direito na pós-modernidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

_____. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

FERRERES COMELLA, Victor. *Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial – algunas reflexiones acerca del activismo judicial*. p. 1-33. Disponível em: <<http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/FerrerresPaperSpanishSELA2004.pdf>>.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. El recurso de amparo en España como vía de generación conflictual entre el Tribunal Supremo e el Tribunal Constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Coord.). *Direito constitucional contemporâneo – estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 9, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, v. 198, out./dez. 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Princípios fundamentais de direitos constitucionais*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional “versus” a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 316-356.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente (otros) valores y principios. *Archivo de Filosofía del Derecho*, t. XIII-XIV, p. 71 e ss., 1996-1997.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político*. Tradução de Eduardo Ribeiro Moreira. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em: 8 jun. 2010

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. (reimpr. 2002).

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da constituição. In: _____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Quem deve ser o defensor da Constituição? In: _____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEAL, Roger Stiefelmann. A convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos processuais e institucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, n. 57, p. 62-79, out.-dez. 2006. MATEUCCI, Nicolla. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Trotta, 1998.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade* – comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. t. VI: Inconstitucionalidade e garantia da constituição.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962. (Coleção Clássicos Garnier).

MORAIS, Carlos Blanco de. As sentenças com efeitos aditivos. In: _____. (Coord.). *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 13-115.

RAMOS, Elival da Silva. O delineamento do estatuto dos partidos políticos na jurisprudência do supremo tribunal federal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, p. 54-72, 2008.

_____. *Ativismo judicial* – parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. Tradução de M. Sanchez Sarto. Madrid: Labor, 1931. (reimp. com prólogo de P. de Vega. Madrid: Tecnos, 1983).

_____. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Teoría de la constitución*. 6. ed. Madrid: Alianza, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. A presunção de constitucionalidade das leis, a interpretação conforme a constituição e o dogma da legislação negativa. *O Direito*, ano 138, n. 1, p. 39-60, 2006.

_____. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 197-227, 2009.

_____. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: _____. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal constitucional como poder* – uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. Direito constitucional, direito ordinário, direito judiciário. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito* – PPGDir/UFRGS, n. III, p. 7-17, mar. 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição e hermenêutica em países periféricos. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues et al. (Org.). *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 197-218.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 217-254.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón Abellán. Madrid: Trota, 2009.

_____. O estado constitucional. Tradução de Carlos Bastide Horbach e José Levi Mello do Amaral Júnior. Revisão de Ada Pellegrini Grinover. Colaboração de José Jesus Cazetta Junior. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. (Coord.). *Direito constitucional, estado de direito e democracia* – homenagem ao prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 291-314

_____. *La giustizia costituzionale*. Milano: Il Mulino, 1988.