

UNIVERSIDADE DE FORTALEZA
FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
COMO LEGISLADOR POSITIVO**

FRANCISCO LISBOA RODRIGUES

Fortaleza (Ce), fevereiro de 2008

FRANCISCO LISBOA RODRIGUES

**A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO**

Dissertação apresentada no Mestrado em Direito Constitucional, da Universidade de Fortaleza, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre, sob a orientação do Professor Dr. Martônio Mont'Alverne Barreto Lima.

Fortaleza (Ce), fevereiro de 2008.

R696c Rodrigues, Francisco Lisboa.

A criação judicial do direito : o papel do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo / Francisco Lisboa Rodrigues. - 2008.

97 f.

Cópia de computador.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2008.

“Orientação : Prof. Dr. Martônio Mon'tAlverne Barreto Lima.”

1. Poder judiciário. 2. Supremo Tribunal Federal. 3. Jurisprudência.
4. Constitucionalidade. I. Título.

CDU 342.56

FRANCISCO LISBOA RODRIGUES

A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito de Fortaleza, da Fundação Edson Queiros, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Martônio Mont'Alverne Barreto Lima
Professor Orientador – UNIFOR

Profa. Dra. Maria Lírida Calou Araújo e Mendonça
Professora Examinador – UNIFOR

Prof. Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz
Professor Examinador – UFC

Fortaleza, fevereiro de 2008.

Dedico este trabalho ao meu amor Socorro e, aos não menos amados filhos Elohim, Kamala, Kaio, Anamaria e Kalindi, agradecendo a paciência, o amor e o incentivo .

RESUMO

O Direito, como toda realidade, possui suas fontes de produção ou de manifestação. Assim, consagraram-se na história a lei, a doutrina, os costumes, os princípios gerais de direito e a jurisprudência como fontes ou formas de expressão do Direito. Importante saber, todavia, em que medida o Poder Judiciário, através de seus juízes, pode criar Direito; se haveria ou não quebra do princípio da separação de poderes. O papel criador de Direito desempenhado pelo Poder Judiciário vem ganhando importância na medida em que a Jurisdição Constitucional toma espaço na vida do Estado pós-moderno. Séculos atrás se discutia sobre a possibilidade desta forma de criação do Direito, hoje a preocupação se volta para os limites do poder criador. Vários são os exemplos de decisões do Supremo Tribunal Federal que manifestamente criam Direito, apesar da idéia corrente de que ele exerce apenas um papel de “legislador negativo”. Portanto, tem o Supremo Tribunal Federal indicado que a criação judicial do Direito é tarefa, também, dos juízes.

ABSTRACT

The Law, as every reality, possesses its production or manifestation sources. Thus, the history acclaimed the legal norms, the doctrine, the *mores*, the general principles of law and the jurisprudence as sources or forms of expression of the Law. It's relevant to know, though, in what measure the Judiciary, through its judges, can create the Law; if would or not be a violation of the separation of powers principle. The creative role carried out by the Judiciary has been gaining relevance as the Constitutional Jurisdiction takes space in the life of the post-modern State. If centuries ago it was discussed the possibility of this form of creation of the Law, today the concern is tied to the limits of this creative power. There are several examples from the Supremo Tribunal Federal of manifestly Law-making decisions, in spite of the current idea that it has only a role of "negative legislator". Therefore, the Supremo Tribunal Federal has been pointing out that the judicial creation of the Law is a task, also, of the judges.

“Se houvesse um povo de deuses, seria governado democraticamente, mas aos homens não convém tão perfeito governo.” J. J. Rousseau – *Do Contrato Social*.

SUMÁRIO

1.Introdução

CAPÍTULO I - O Direito e suas fontes: o papel da jurisprudência

1.Um Conceito de Direito

2.As Fontes do Direito

3.O Papel da Jurisprudência

4.As Fontes do Direito no Neoconstitucionalismo

CAPÍTULO II – Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: breves aportes

1.Preliminar: Direito e Estado pós Revolução Francesa: do legicentrismo ao constitucionalismo

2.Da Jurisdição Constitucional

2.1. Conceito e origem

2.2. Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional

2.3. O mito da separação de poderes

2.4. A nova interpretação constitucional

CAPÍTULO III - A criação judicial do direito: o Supremo Tribunal Federal como legislador positivo

1.O Papel do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988

2. Decisões paradigmáticas: a criação judicial

Conclusão

Referências

INTRODUÇÃO

A criação judicial do Direito, ou, no mesmo sentido, a construção judicial de normas de convivência, representa um dos desafios da Teoria da Constituição.

A presente dissertação, longe de pretender esgotar o tema, busca lançar para debate idéias que giram em torno da atividade do Supremo Tribunal Federal. É que podemos encontrar nessa atividade demonstração segura da atividade criadora do Tribunal Constitucional brasileiro.

No primeiro capítulo apresentar-se-á o Direito e suas fontes, numa tentativa de esclarecer que a jurisprudência também é fonte do mesmo e que possui um papel relevante na elaboração e atualização do Direito. Também se pretende adotar um conceito de Direito que corresponda, metodologicamente, ao intento do trabalho.

A relevância deste capítulo se encontra no fato, principal, de questionar a tradicional teoria das fontes do Direito, buscando harmonizá-la com o neoconstitucionalismo.

No segundo capítulo, serão tocados os pontos da hermenêutica constitucional e da jurisdição constitucional.

Não temos por objetivo discutir as teorias hermenêuticas, ingressar em seus pressupostos ou indagar sobre suas diversas orientações. Da mesma forma, quando à jurisdição constitucional, a preocupação será apresentá-la como modelo de exercício de poder. Daí importante passar por sua evolução histórica, sua legitimidade e, por fim, visitar a interpretação constitucional que considera a Constituição como sistema aberto, uma construção cujos operários trabalham dia após dia.

Já no terceiro e último capítulo teremos uma noção do papel do Supremo Tribunal Federal de acordo com o perfil traçado na Constituição Federal de 1988. Realizaremos um breve resgate histórico da origem do Supremo até sua conformação como guardião da Constituição no atual sistema constitucional.

A finalidade principal deste capítulo é a seleção e exposição de decisões que, desduvidosamente, representar criação de Direito pelo Supremo, ora afastando regras que são aplicáveis normalmente, ora transportando fundamento de decisões para casos semelhantes. Ademais, restará evidente a necessidade de se rever a teoria da separação de poderes, posto que, em casos especiais de afronta aos postulados constitucionais ou de asseguramento dos direitos fundamentais, o Judiciário está investido na competência para intervir, com a finalidade de preservar a integridade da Constituição.

CAPÍTULO I – O DIREITO E SUAS FONTES. O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA

O conceito de Direito sempre foi assunto permeado de questionamentos e imprecisões, dado seu caráter fluido e dependente da opção ideológica do estudioso. Assim é que a Sociologia do Direito, a Antropologia Jurídica, a Filosofia do Direito, têm um conceito particular do mesmo. Tendo como propósito final a demonstração de que o Supremo Tribunal Federal cria Direito, que não é um mero legislador negativo, como costumamos encontrar em votos de seus Ministros, torna-se imprescindível estabelecermos um conceito de Direito para, após, apresentarmos suas fontes ou formas de expressão, dentre as quais será dado destaque à jurisprudência.

1. UM CONCEITO DE DIREITO

Buscar um conceito de Direito, tarefa árdua para o jurista, pode significar o encontro de obstáculos ofertados pela posição ou prisma através do qual o jurista utiliza sua *luneta mágica*. Assim é que temos o conceito de Direito, enquanto objeto cultural, capturado pela Filosofia, pela Antropologia, pela Sociologia, para citar alguns setores do saber humano, e, em cada um deles, nos deparamos com um resultado próprio, adequado ao modo de ver o mundo desses saberes. Urge, portanto, que se estabeleçam critérios ou modos de abordagem para que o Direito se faça visível, conhecido. E como não há outra maneira segura para o acesso às coisas senão através das idéias que se fazem delas, tem-se de pensar por categorias. Na abordagem de Arnaldo Vasconcelos (1998, p. 13), pretender conhecer o Direito ou qualquer outra realidade sem a utilização das categorias de pensamento é o mesmo que raciocinar para o malogro, afinal, só se conquista rigor no conhecimento se se portar o domínio das categorias. O primeiro passo, portanto, a ser tomado é considerar a origem do Direito, compreender como e porque o homem em sociedade criou normas jurídicas, distintas das normas morais e religiosas, por exemplo, para a regulação de sua conduta frente aos demais.

Em princípio, percebe-se que não se pode separar o jurídico do social (*ubi societas, ibi ius*), visto que é exatamente na relação social que o Direito se faz presente, qualificando-a. E assim é que o Direito qualifica um fato após o mesmo se apresentar como humano, social, religioso, etc. Em feliz passagem, Arnaldo Vasconcelos (1998, pp. 17-18) afirma que:

Na vida cotidiana do Direito tudo ocorre assim: há um fato de qualquer ordem, ao qual o legislador atribui um valor, a fim de preservá-lo tanto lhe parece ele necessário à manutenção da convivência social. Este fato vai constituir o suporte da norma jurídica, que passa a valer, a partir daí, como padrão ou medida da conduta social. Torna-se ele o substantivo do qual o Direito vai ser o adjetivo.

Estando o Direito na dependência da relação social (ser-acidente e ser substância, respectivamente), a pergunta que se segue é *como* o Direito aparece, como surge para regular condutas.

A origem do Direito se confunde com a formação da sociedade. Não se faz possível pensar o Direito sem sociedade. No entanto, quando se fala em Direito, notadamente entre seus operadores, é por demais corrente associá-lo à sanção, a medo, a proibições. Teorias existem para defender que o Direito foi criação dos maus para o domínio dos mais fracos e bons, numa versão hobbesiana de Direito. Tais idéias se tornaram populares com o advento do Estado, que, numa atividade substitutiva do homem, assumiu o papel de condutor dos destinos da vida humana. Esta posição não olvida que o Estado, enquanto instituição, possui estrutura conformadora de seu funcionamento. Não adentrando na análise das várias teorias que disputam a origem do Estado, pode-se afirmar que o Direito antecede à sua formação como organização racional do poder (legitimidade, justificação e exercício). Souza Júnior (2002, p.19) esclarece que o Estado, enquanto unidade política ocidental, surgiu no leste europeu após o declínio do Império Romano do ocidente, fruto de um processo histórico que durou cerca de cinco séculos. Por certo, a origem do Direito se encontra perdida na história do homem, coincidindo com sua vida em sociedade. E a isto se acrescenta que direito não se confunde com lei, como querem alguns positivistas (legalistas). A lição de Arthur Kaufmann (2004, 204) é precisa ao afirmar que :

um olhar sobre a história ensina que o direito é muito mais antigo do que aquilo a que hoje chamam “lei”. Segundo o que tem sido sustentado nas mais recentes investigações, não havia nas *sociedades pré-estaduais*, de colectores e caçadores, agricultores e pastores, um direito normatizado, dado que nem sequer era escrito. O direito estava inserido na religião natural dessas sociedades e constituía consequentemente uma unidade com a moral. É certo que se conheciam instituições jurídicas como a propriedade, o parentesco, a igualdade e tratamento, a reciprocidade, mas estas regras se compreendiam em face do caso e não enquanto normas. E este direito era transmitido nos contos, nas sagas e ainda nas lendas desses povos. Ainda hoje é assim nas sociedades primitivas.

Nas sociedades primitivas, o Direito não se apresentava como principal modelo de instrumento para a solução dos conflitos. A religião doméstica consagrava os ideais de justiça e harmonia das relações sociais, sendo a principal fonte da disciplina da vida em grupo.

Torna-se claro que esse estado de coisa não exigia a presença do Estado, sendo-lhe, portanto, anterior. E não se diga que a existência do Direito sem Estado é divagação, por não haver organização, institucionalização da reprimenda. O que chamamos de Estado hoje foi substituição histórica da família, o clã, a tribo de ontem. Havia, portanto, um Direito anterior ao Estado e com ele não se confundia.

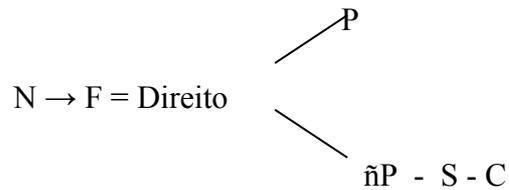
Com o advento da *monopolização da produção normativa* pelo Estado, no Estado absolutista, poder-se-ia concluir que todo Direito passou a ter como fonte única de sua produção o poder institucionalizado. Assim não ocorre, todavia. Relevante, portanto, que se tenha um conceito de Direito que seja adequado ao modo de sua manifestação em sociedade e em qualquer época. É o que fará a seguir.

Santiago Nino (2001, p. 14) afirma, não sem razão, que *La palabra “derecho” es ambigua, y para colmo tiene la peor especie de ambigüedad, que es, no la mera sinonimia accidental (como la de “banco”), sino la constituida por el hecho de tener varios significados relacionados estrechamente entre si*. Desta forma, podemos encontrar vários conceitos de Direito decorrentes da opção metodológica assumida, o que ratifica seu caráter plurissignificativo, bem como da inter-relação entre seus significados. Para os fins deste trabalho, revela-se importante uma concepção de Direito que possa assumir vários matizes, que seja indicativo de uma realidade universal¹.

Na feliz síntese de Miguel Reale (2002, p. 2), *podemos, pois, dizer, sem maiores indagações que o direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade*.

O Direito – aqui o Direito positivo -, como toda realidade cultural, possui uma forma particular de expressão, de manifestação no mundo sensível: a norma jurídica. Na lição de Arnaldo Vasconcelos (2002, p. 11), *a expressão formal do Direito como disciplina de condutas é a norma jurídica*. Significa dizer que o fenômeno jurídico se realiza de uma maneira uniforme, o que Vasconcelos sintetiza no diagrama abaixo:

¹ Ao contrário dos positivistas legalistas, entendemos ser o Direito universal. A isto não se opõe o fato de existirem várias ordens jurídico-positivas, pois *universalidade e unidade* são categorias distintas, não confundíveis.



A norma (N) incidindo sobre um fato (F) dá origem ao direito (D). Dado o direito, deve ser a prestação (P) ou a não prestação (ñP). Dada a não prestação (ñP), deve ser a sanção (S). E, dada a sanção (S), deve ser a coação (C).

No item referente à distinção entre norma jurídica e direito, Arnaldo Vasconcelos (2002, p. 13) é conclusivo:

o que a norma é, pura e simplesmente, é previsão. Modelo de conduta diante de fatos relevantes para o convívio social. Quando acontece o fato da previsão, seja natural ou humano, nasce o Direito. E só se origina ele desse modo, e de nenhum outro mais. O que se discute, no Judiciário ou fora dele, é apenas se *houve* e nunca, se *haverá* Direito. Simplesmente, por não se poder determinar comportamento futuros, mas apenas predizê-los.

Parece evidente que o Direito, em síntese, se apresenta como uma sanção coercível ou, o que é mais tecnicamente correto, uma possibilidade de ser coercível. Isto se dá por ser o mesmo um *dever ser*, ao que se acrescenta um *dever ser* para *ser* justo. Pelo dito, o Direito aqui referido, é uma faceta do exercício do poder político e que recebeu intensificação produtiva com a formação dos estados nacionais. Nítidas se apresentam as relações entre Direito e poder político. Célebres as idéias desenvolvidas por Aristóteles (1998, p. 13), Thomas Hobbes (2003, pp. 196-198) e John Locke (2002, pp. 106-107), em que se evidenciam as relações, sejam no sentido de monopolização estatal, unicamente, ou reconhecendo uma produção normativa externa. O caráter político do Direito se manifesta também, nas decisões das supremas cortes constitucionais modernas, num fenômeno amplamente conhecido como politização do Direito. Extreme de dúvidas, portanto, que um conceito do Direito deve considerar seu caráter político, não havendo razão para uma *purificação* do fenômeno jurídico.

Embora o Direito não provenha apenas do fato, não se pode deixar de se reconhecer que sem este o Direito carece de amparo empírico para a sua expressão, de outra forma, segundo Miguel Reale (2003, p. 200), o Direito se origina do fato, porque, sem que haja um acontecimento ou um evento, não há base para que se estabeleça um vínculo de significação jurídica. Na mesma passagem, alerta o autor que o Direito não se reduz ao fato, nem pode ser

considerado como *fato bruto*, pois os fatos dos quais se originam o Direito são fatos humanos ou fatos naturais objeto de valoração humana (MIGUEL REALE, 2003, p. 200).

Continuando com Miguel Reale (2003, p. 201), e considerando o fato uma dimensão essencial do Direito, pode-se afirmar que ele se coloca entre dois elementos da regra de Direito, a saber: a previsão que a nesta um *fato-tipo* e o *efeito* que ela atribui em virtude da ocorrência ou não do fato previsto. Mas o fato que importa é o axiologicamente dimensionado. Explica-se. Arnaldo Vasconcelos (2002, p. 18), expondo a teoria realeana, informa que pode-se afirmar que o fenômeno jurídico se manifesta dialeticamente, sendo a norma o resultado do embate entre fato e valor. A carga valorativa atribuída ao fato transfere-se por inteiro da norma jurídica.

O Direito sem medição axiológica seria uma realidade incompleta por carecer sua realização do valor justiça (o Direito-*deve ser* justo). Depara-se com os juízos de valor, que nada mais são do que qualidades atribuídas a um ser ou um ente. A estrutura normativa vista assim reflete um juízo disjuntivo, indicando que o fenômeno jurídico não se reduz a esfera normativa.

Estamos, portanto, na esfera do Direito-relação, do Direito-prestação e do Direito-sanção. Aqui se ampara o conceito de Direito perseguido. O Direito como fruto da interpenetração de fatos, valores e normas, sendo estas últimas sua expressão.

Ainda nos resta uma indagação que perdura séculos: se toda realidade possui fundamento, qual seria o fundamento do direito positivado? Sem lidarmos de forma aprofundada com as várias teorias que versam sobre o direito natural, por não ser esta a proposta aqui desenhada, não temos dúvida que o modelo, a idéia do direito positivo é o direito natural. Arnaldo Vasconcelos (1998, p. 55) afirma que :

a idéia necessária para fundamentar a ordem jurídica, o modelo que esta deve seguir em sua construção a fim de tornar espontânea a obediência às leis, todos sabemos, é para Kant, como para os principais neokantianos, a noção originária de Direito Natural. A justiça que seus princípios transmitem às normas jurídicas constitui pressuposto suficiente para afastar as possíveis resistências a seus preceitos.

Portanto, dizer que o Direito possui um modelo, um fundamento, não constitui heresia científica, mas exigência do pensamento lógico, afinal, toda realidade possui um fundamento e com o Direito não seria diverso. A grande resistência que se percebe à aceitação do Direito Natural está ligada a elementos ideológicos que afastam a discussão filosófica. No entanto,

em assim agindo, os críticos do Direito Natural constroem uma realidade sem fundamento, um Direito Positivo sem fundamento último.

Adotar-se-á como conceito de Direito a idéia de ser o mesmo o resultado da cópula existencial entre fatos e normas, gerando a partir desta constatação o Direito.

Considerando, pois, o Direito como fruto de normas e fatos ($N \rightarrow F = \text{Direito}$), torna-se imprescindível o descortinamento de suas fontes. Por ser objetivo deste trabalho alcançar o fato de que o Poder Judiciário cria Direito, *legisla* positivamente, daremos uma maior ênfase à jurisprudência como fonte.

2. AS FONTES DO DIREITO

Num primeiro momento, a localização epistemológica da teoria das fontes do Direito é questão que se impõe a todo que pretenda ter acesso ao tema. Paulo Ferreira da Cunha (1998, p. 87-88), afirma que é equivocado se pensar que o problema das fontes do Direito seja parte do Direito Civil. Para ele, a visão positivista estaria a impor uma conclusão falseada, limitando a questão ao Direito Civil. E conclui afirmando ser o mesmo lugar no Direito Público, especificamente no Direito Constitucional ou Político.

Realmente, acertada a visão do Professor da Universidade de Minho. Ao que tudo indica, o poder de dizer o que é o Direito e, em certa medida, criar Direito, é um poder nitidamente constitucional.

A teoria das fontes do Direito é um dos temas mais fecundos e refratários ao tratamento científico. Não poderia ser de outra forma, posto que a teoria das fontes é uma questão de natureza filosófica, sendo irrazoável tentar solucioná-la adequadamente utilizando-se de critérios científicos, unicamente (ARNALDO VASCONCELOS 2002, p. 174).

Inicialmente, com apoio em Norberto Bobbio (1999, p. 45), podemos afirmar que *fontes do direito são aqueles fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas*. Entretanto, o problema das fontes do Direito não é tão simples quanto aparenta. Hans Kelsen (2006, p. 259), considera que *fontes do Direito é uma expressão figurativa que tem mais do que uma significação*.

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 223), a:

teoria das fontes, em suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana. Ela desenvolve-se desde o momento em que a ciência jurídica percebe o seu objeto (o direito) como um produto cultural e não mais como um dado da natureza ou sagrado.

A teoria das fontes varia segundo o ramo do Direito objeto de investigação, isto em se considerando, neste âmbito, unicamente, a evolução doutrinária no ambiente do sistema romano-germânico. Significa que, como ponto de referência, deverá ser discutido o problema das fontes do Direito positivo, ou a consideração de sua positividade.

Analisar pormenorizadamente todas as fontes do Direito não é nosso propósito. Todavia, é salutar uma breve abordagem da posição tradicional sobre o tema, dentro do sistema do *Civil Law*. Em algumas passagens, faremos referência ao outro sistema, o do *Common Law*.

A doutrina tradicional costuma distinguir as fontes do Direito em fontes formais, assim entendidos, os fatos que dão à norma o caráter de direito positivo, e fontes materiais, aqui compreendidos os elementos que contribuem para a formação do conteúdo ou previsão da norma jurídica. De um lado temos o aspecto formal, a expressão do Direito, e, do outro, a dimensão material, incluídas a social, a religiosa, a econômica, dentre outras.

Seguindo a linha epistemológica da tese tradicional, iremos nos deter nas fontes formais (não considerando os fatores alheios ao direito que interferem em sua produção). Ao término deste desiderato, será observada a revisão ou reconstrução da teoria das fontes do Direito como consequência lógica do neoconstitucionalismo² e da teoria dos valores. O tema será desenvolvido quando da abordagem da jurisprudência como fonte do Direito. Pois bem. Costuma-se dizer que são fontes do Direito a lei, o costume, a doutrina, os princípios gerais de direito e a jurisprudência. Esta será abordada em tópico destacado, dada sua importância para a criação judicial do Direito. Iniciemos, portanto, com a idéia de lei.

2.1. Lei

A lei, considerada *lato sensu*, se apresenta como a principal fonte do Direito nos nossos dias, seja por uma opção metodológica do operador do Direito, seja em virtude de reducionismo operado por influência de positivismo fundamentalista. Seguindo a tradição dos países de Direito escrito, sabemos que o legicentrismo tem dominado a cultura jurídica dos

² Consideramos neoconstitucionalismo a nova tentativa de concretização da Constituição após a II Grande Guerra mundial, ou, em outras palavras, uma reconstitucionalização do direito.

que adotam a família de origem romano-germânica. As demais fontes aparecem numa posição de subordinação relativamente à lei escrita que ocupa a posição de destaque no sistema jurídico.

Para Andréia Costa Vieira (2007, p. 219), em trabalho sobre os dois grandes sistemas de Direito conhecidos,

Ambos os sistemas legais – a *Common Law* e a *Civil Law* – têm a lei, a jurisprudência, o costume, os princípios gerais do direito e a própria doutrina como fontes do direito. Diferem, no entanto, quanto ao que vem a ser fonte primária e fonte secundária.

No sistema legal da *Civil Law*, a lei é a única fonte primária do direito, isto é, a autoridade máxima para expressá-lo. Isto significa que, na busca do direito, a lei deve ser a primeira fonte a ser pesquisada.

Não é muito diferente no sistema da *Common Law*. Neste, a lei também é fonte primária do direito. Contudo, não é a única, nem a mais importante. Na verdade, especificamente na Inglaterra, tudo aquilo que se denomina lei (no nosso modo civilista de entendê-la) – os estatutos, Atos do Parlamento, dentre outros – só passam a fazer parte do corpo da *common Law* quando são reafirmados judicialmente. Até então, são considerados meras normas abstratas.

A lei, como já frisado, ocupa papel de relevo no nosso sistema (*civil law*), gerando uma concepção equivocada segundo a qual só haverá disciplina de conduta se houver lei respectiva prevendo a hipótese considerada. Esta míope visão é herança direta do positivismo legalista, da necessidade do homem de frear o poderio estatal, a máquina opressora do Estado, ao mesmo tempo em que legitima esse poder desmedido do *leviatã* quando o reconhece como fonte de direito ou de sua consagração.

Alerta Simone Goyard-Fabre (2002, p. 75), que o direito só é tido como tal quando suas regras são produzidas em conformidade com os procedimentos formais previstos no âmbito legal do poder estatal. E acrescenta que a consequência lógica desse legalismo é a redução do direito à lei.

É fato comum, inclusive fomentado pela imprensa ignara quanto aos modos de produção do direito e de suas repercussões em outras searas da cultura, se prestigiar a lei como a única forma de controle de violência, de solução para a crise política e moral, enfim, a lei se apresenta como o antídoto para todos os males. Tal concepção leva, infantilmente, o legislador a produzir leis e leis, mais num espetáculo para o público do que para uma real harmonização das relações humanas.

A lei, sob pena de contrariar a opção democrática, deve ser, além de justa, legítima (ARNALDO VASCOLCELOS, 2006, p. 190).

Não pairam dúvidas sobre o significado civilizatório que representou a lei escrita para a humanidade. Todavia, esta fase foi rompida quando se compreendeu que a lei nada mais é do que uma espécie de norma, que é simples previsão, uma expressão do Direito, que representa uma projeção daquilo que o homem desejou.

Para Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 188):

a lei nada mais é do que aquilo que o homem projeta que ela seja. Não tem poderes mágicos nem divinos. Não tem mesmo nenhum poder. Quando a ortodoxia positivista invoca o chamado império da lei, que faz repousar sobre a coação, donde lhe retiraria a força, está usando uma linguagem figurada, que logo trai sua indisfarçável vocação autocrática.

Portanto, em sendo a lei escrita uma espécie de norma jurídica, forçoso reconhecer seu modelo de previsão de conduta, o que implica em concluir que apontá-la como capaz de, unicamente, ser fonte do Direito, é atitude parcial e fora da realidade da ciência do direito.

2.2. Costume

O art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro³ (Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito), deixa claro que o costume possui uma posição hierárquica inferior a da lei. É dizer que ele se coloca na posição imediatamente inferior ao da lei. A filiação ideológica é evidente, trata-se de posição nitidamente liberal, canonizando a lei como principal e mai importante fonte do direito, à qual deve subordinação as demais.

René David (2002, pp. 143-144), entende que numa visão sociológica, o costume desempenha uma função importante. Entretanto, continua, o positivismo tratou de reduzir o papel do costume, assumindo uma função muito restrita dentro do direito. Inversamente, a escola sociológica exagera a função dos costumes quando trata das fontes do direito. E finaliza afirmando que os franceses vêem o costume como uma fonte do direito ultrapassada, enquanto que na Alemanha, na Suíça e na Grécia, o costume possui o mesmo patamar de fonte do direito em relação à lei.

Claro se identifica o embate entre lei e costume. A doutrina de Savigny, citada por Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 192), professada pelos restauradores da Santa Aliança, via no costume o direito que melhor se harmonizava com os postulados monárquicos. Já a lei era vista como instrumento revolucionário da burguesia.

³ Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Apesar de termos no sistema da *Civil Law* o culto da lei escrita, observa-se que a doutrina e a jurisprudência, principalmente, têm abrandado essa sacralização no terreno da jurisdição constitucional. Ademais, não é qualquer prática social que pode ser considerada costume como espécie de norma jurídica. Dimitri Dimoulis (2006, p. 225), informa que o termo *costume*:

provém do latim *consuetudo*. Indica uma regra de comportamento social que não só é corriqueira, como ocorre com o hábito, mas é considerada obrigatória pelos membros da sociedade.

Nem todos os costumes sociais possuem caráter de costume jurídico, ou seja, validade no âmbito do ordenamento jurídico.

Como exemplo de hábitos que não são consagrados como costume, o autor cita, na mesma página, o fato de tomar cerveja no café da manhã. Apesar de ser um hábito para algumas pessoas, esta prática não chega a se constituir como costume como espécie de norma jurídica.

2.3. Doutrina

René David (2002, p. 163) noticia que a doutrina foi a principal fonte do direito na família romano-germânica. Foi nas Universidades que os princípios de direito foram postos em evidência, notadamente do séculos XII ao XIX, sendo substituída pelo primado da lei com o advento das idéias democráticas e a codificação.

A questão que se apresenta agora é a de saber se a doutrina é modo particular de manifestação do direito positivo. Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 206) aponta Savigny e Gèny como defensores da dignidade da doutrina como fonte do Direito. O primeiro, através do *direito dos juristas* e o segundo da *livre investigação científica*. A dificuldade que se tem em aceitar a doutrina como fonte do Direito é que ela não vincula, não se está “obrigado” a aplicar ou seguir determinada doutrina. O argumento é falacioso em sua origem, admite um pressuposto falso.

A doutrina se desenvolve numa estrutura de poder. É que ela se orienta segundo as normas positivadas e os fatos que a elas importam. Notadamente no exercício da jurisdição, os magistrados adotam posições doutrinárias, aceitação de correntes de pensamento, na específica hora da decisão. Está a doutrina, assim, sacramentada na decisão individual e com força vinculante (ao menos para as partes).

No Brasil, com a adoção da súmula vinculante, incorporada ao sistema constitucional pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, não há margem de dúvida quanto ao caráter vinculante da doutrina. É que até mesmo a fundamentação adotada na decisão passa a vincular os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como a Administração nas três esferas de governo. É a chamada *transcendência aos motivos determinantes*. Estaríamos, portanto, diante de um julgado que vincularia não sua parte dispositiva, apenas, mas, inclusive, quanto aos motivos que determinaram, fundamentaram a decisão.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 1.987/DF, restou evidente que o efeito vinculante atinge também os motivos determinantes da decisão do controle abstrato de constitucionalidade. A ementa tem o seguinte teor, capturando-se unicamente a parte que interessa à comprovação do aqui afirmado:

RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1.662-SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/2000. PARÁGRAFO SEGUNDO DO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (...) Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.

Assim, a vinculação atinge não só a parte dispositiva, mas também os fundamentos que embasaram as decisões proferidas pela Corte Constitucional brasileira. Eis um dado atual acerca dos efeitos vinculantes das decisões presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Com este posicionamento, tornou-se, no nosso sentir, ultrapassada a discussão sobre ser ou não a doutrina fonte do Direito. Certo é que a mesma compõe o manancial de idéias presentes nas decisões judiciais, e, com maior ênfase na chamada jurisdição constitucional, assunto que será desenvolvido na parte final deste trabalho.

2.4. Princípios gerais de Direito

A teorização dos princípios gerais do direito sempre foi desenvolvida sob a influência de concepções jusnaturalistas, dada sua dimensão metafísica. Na modernidade, por imposição lógica, os positivistas admitiram a necessidade dos princípios para a própria afirmação do direito positivado (ARNALDO VASCONCELOS, 2006, p. 218). O reconhecimento dos princípios gerais do direito, do ponto de vista formal e no ordenamento jurídico brasileiro,

pode ser encontrado na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC, art. 4º), o que empresta aos mesmos o caráter de positividade. Portanto, não havendo hoje divergências quanto à sua existência e aplicação, o problema se desloca para o âmbito de sua normatividade, ou seja, saber se os princípios possuem ou não força vinculante. E, a partir dessa premissa, concluir-se se são ou não espécies de norma jurídica.

Paulo Bonavides (2007, pp. 259-266), aponta o percurso histórico da normatividade dos princípios em três fases, a saber: a jusnaturalista, a juspositivista e a pós-positivista. Na primeira fase, os princípios gerais possuíam normatividade nula, quando muito, de duvidosa base científica. Eram os princípios colocados numa dimensão metafísica, distante da prática jurídica comum, tidos como axiomas da reta razão, da natureza das coisas, da divindade. Com a chegada dos séculos XVIII e XIX, com o advento do Estado Liberal e do constitucionalismo, nova roupagem é emprestada aos princípios, agora teorizados pelos juspositivistas. Nesta segunda fase, os princípios gerais ingressam nos códigos como fontes subsidiárias e habitam as Constituições como disposições individuais ou enunciados programáticos de baixa ou nenhuma eficácia jurídica. Com a Segunda Grande Guerra Mundial, dá-se o início da terceira fase, a pós-positivista. Propondo uma crítica ao positivismo então vigente, o pós-positivismo apresenta uma teoria constitucional com hegemonia axiológico-normativa dos princípios gerais de Direito. Realizada está a constitucionalização dos princípios, retirando-os da posição de fonte subsidiária e proclamando-os como núcleo supremo do sistema jurídico. Reconhecida, portanto, a normatividade dos princípios.

Crisafulli, citado por Paulo Bonavides (2007, p. 257), em 1952, formula um precioso conceito de princípios.

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

Crisafulli, ao lado de Alexy e Dworkin, reconheceram a normatividade dos princípios. Todavia, foi Ronald Dworkin (2002), em seu célebre *Taking Rights Seriously*, quem apresentou uma contribuição decisiva para o reconhecimento da normatividade dos princípios ao considerá-los espécies de normas ao lado das regras.

A posição não é unânime, havendo doutrinadores que não se dispõem a aceitar o princípio como espécie de norma jurídica. Por todos, tem-se que Vasconcelos (2006, p. 221), embora reconhecendo a força vinculante dos princípios, nega sua qualidade de norma jurídica em sentido formal, exatamente por lhe faltar a segunda parte da estrutura normativa, a perinorma.

A par destas divergências, os princípios são por demais citados e utilizados com força vinculante nas decisões judiciais.

3. O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA⁴

Na família romano-germânica, a jurisprudência, admitida como conjunto de decisões dos Tribunais, ocupa posição de destaque, representando as manifestações do papel criador dos juízes. Rubens Limongi França (1977, p. 142) aponta cinco conceitos distintos para jurisprudência. Poderia indicar toda ciência jurídica, teórica ou prática; ser a manifestação de jurisconsultos (*prudentes*); a doutrina jurídica; a massa geral de decisões de juízes e tribunais e, por fim, os posicionamentos do Poder Judiciário num certo sentido e a respeito do mesmo objeto, de forma constante e reiterada.

No sistema do *Common Law*, o papel da jurisprudência é mais significativo e importante comparado ao do sistema do *Civil Law*. A chamada *law of the precedent* se justifica em decisão judicial para um caso particular que passar a ser aplicada *erga omnes*. Conhecido também como *stare decisis* (do latim, *stare decisis et non quieta movere*: mantenha-se a decisão e não alterem as coisas já estabelecidas) ou *case law* (Direito dos casos ou dos precedentes vinculantes), desenvolveu-se gradativamente, na Inglaterra, graças ao sistema de relatório de casos (*law reports*). Neste sistema, o trabalho do Judiciário é de franca criação do Direito, sendo este desenvolvido por juízes nos julgamentos de casos concretos. (ANDRÉIA COSTA VIEIRA, 2007, p. 225). Já no que pertine à família da *Civil Law*, de herança romano-germânica, as decisões judiciais não possuem a mesma força comparada como o sistema mencionado. Aqui, o magistrado, dada a influência do positivismo legalista dos séculos XIX e XX, assume posição de mero reproduzidor da vontade expressa na lei.

⁴ Não desconhecemos as distinções entre jurisprudência e precedentes. Os precedentes judiciais aparecem como instrumentos utilizados pelo Poder Judiciário para a edição de normas jurídicas que devem ser aplicadas em decisões futuras. A idéia dos precedentes, no nosso sentir, se adéqua mais ao intuito de nossa atividade – demonstrar a criação do Direito pela Corte Constitucional brasileira. Todavia, em homenagem à tradição da nossa doutrina, utilizaremos o termo jurisprudência com maior intensidade.

Logicamente, em regra, a atividade judicial requer a produção de lei, todavia, não deve ser uma mera instância de ratificação literal das leis.

No específico caso do ordenamento jurídico brasileiro, não há referência expressa acerca do papel da jurisprudência na elaboração ou criação do Direito. No entanto, a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º, oferece espaço à criação dos juízes quando admite a incompletude do ordenamento jurídico. Há, para os magistrados, um espaço para a elaboração de normas individuais e gerais, numa típica atuação equivalente a do legislador, ou seja, deduzir um preceito particular para um caso concreto. Hans Kelsen chama de norma individual o resultado da atividade do tribunal ao decidir com base numa norma geral estatutária ou consuetudinária. Explica o mestre de Viena que os tribunais se encontram obrigados por normas gerais a construírem, após processo de interpretação, normas individuais aplicáveis a casos concretos (2005, p. 211). Portanto, resta demonstrado que o produto final da atividade do juiz é uma norma.

A existência de várias formas de expressão Direito, não retira da jurisprudência a posição de destaque no mundo pós-moderno, principalmente quando na esfera da jurisdição constitucional, com a atividade desenvolvida pelas Cortes Constitucionais. Não há como retirar a jurisprudência do rol das fontes do Direito. E esta específica condição da jurisprudência tem íntima relação com o trabalho de interpretação-aplicação desenvolvido pelo magistrado. Nojiri, citando Canotilho, se refere à *disposição e enunciado* como parte de um texto normativo ainda pendente de interpretação e de norma com o sentido ou significado adstrito a qualquer norma (2005, pp. 137-38). No que pese se reconhecer que a atividade jurisprudencial pressupõe a legislação, a submissão irrestrita dos juízes à lei é coisa do passado. Dizer que o juiz aplica a lei e que simplesmente a cumpre, demonstra miopia jusfilosófica acirrada. Na verdade, o juiz aplica a interpretação da norma. Consequência imediata desta constatação é o insofismável papel criador de direito que a jurisprudência revela ao mundo. Portanto, a questão que deve ser resolvida se resume numa indagação: se a jurisprudência é fonte do Direito, o juiz pode criar Direito? A resposta, por imperativo lógico, só poderá ser positiva.

Seguindo a exposição de Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 196), temos que os racionalistas negaram a possibilidade criadora do juiz, considerando uma verdadeira intromissão nas funções típicas do poder Legislativo. E nada mais seguro para justificar essa

posição do que o princípio da separação de poderes. Como dissera Montesquieu, em seu célebre *Do Espírito das Leis*, ao juiz, para bem aplicar a lei, bastam-lhe os olhos. Esta visão legicentrista, porque pressupõe uma forma específica de organização de poder – o Estado Liberal – será desenvolvida mais adiante, demonstrando-se sua íntima relação com o predomínio ideológico da lei. Por outro lado, ainda com Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 197), para os realistas só existia Direito a partir da sentença judicial que o constituía.

Com o fortalecimento da idéia de separação de poderes, a vontade popular era a única a legitimar o poder e, como representante deste povo, o Legislativo possuía incontestável legitimidade para decidir sobre os destinos da sociedade, ao lado, evidente, do Executivo. A separação de poderes ultrapassou, com toda fama teórica, a Revolução dos Estados Unidos da América (1776) e a Revolução Francesa (1789), colocando a lei acima da jurisprudência.

A supremacia da lei escrita só seria reformulada com a superação do paradigma positivista. As contribuições da Escola Histórica do Direito e do Movimento do Direito Livre foram fundamentais para a quebra desse paradigma positivista que encerrava todo Direito à manifestação legal. Para se aplicar a norma urge sua interpretação. E a interpretação sempre foi e será uma atividade também criadora, é a conclusão final.

Parece-nos, portanto, que a criação do Direito através da atividade do juiz não oferece nenhuma dificuldade para sua compreensão. Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 206) é conclusivo a respeito, merecendo transcrição suas palavras:

a disputa acerca da admissão da jurisprudência como fonte do Direito se deteve, afinal, diante do fato indubitoso de que os juízes sempre criaram e continuam criando Direito. Mudou apenas sua atitude diante do problema, que de vacilante e reservada passou a firme e ostensiva. E isso foi tudo, porque definiu, inclusive, a posição hierárquica da norma jurisprudencial. Se o que se aplica é a interpretação da lei, a jurisprudência acima desta se coloca, embora a pressuponha. Interpretar a lei significa fazê-la reviver em novas circunstâncias e nisso, precisamente, está o que de maneira razoável se costuma chamar criação judicial do Direito.

Neste mesmo sentido está Hans Kelsen (2005, p. 216), ao solidificar as bases das normas gerais criadas por decisões judiciais. Diz o Mestre de Viena:

a decisão judicial também pode criar uma norma geral. A decisão pode ter força de obrigatoriedade não apenas para o caso em questão, mas também para outros casos similares que os tribunais tenham eventualmente de decidir. Uma decisão judicial pode ter o caráter de um precedente, i.e., de uma decisão obrigatória para a decisão futura de todos os casos similares. Ela pode, contudo, ter o caráter de precedente apenas se não for a aplicação de uma norma geral preexistente de direito substantivo, se o tribunal atuou como legislador. A decisão de um tribunal num caso concreto assume o caráter de precedente obrigatório para as decisões futuras de todos

os casos similares por meio de uma generalização da norma individual criada pela primeira decisão. É a força de obrigatoriedade a norma geral assim obtida que é a essência de um chamado precedente. Apenas com base nessa norma geral é possível estabelecer que outros casos são “similares” ao primeiro, cuja decisão é considerada o “precedente” e que, conseqüentemente, esses outros casos devem ser decididos da mesma maneira. A norma geral pode ser formulada pelo próprio tribunal que criou o precedente. Ou pode ser deixada para outro tribunal, obrigado pelo precedente a derivar dele a norma geral, sempre que surja um caso pertinente.

E não se contraponha o argumento de que as linhas acima só dizem respeito à família da *Common Law*, por se referir a precedentes. A força das decisões judiciais, notadamente na jurisdição constitucional, que é nosso alvo de pesquisa, supera qualquer posição contrária à criação do Direito pelos Tribunais. O sistema brasileiro estruturado com base no princípio da supremacia de uma Constituição rígida (embora se tenha a supremacia constitucional como princípio fundamental, forçoso é reconhecer que muitas interpretações são efetivadas em sede de legislação infraconstitucional), tem oferecido margens para o trabalho da jurisdição constitucional. Assim, tivemos o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, sendo a doutrina (não toda) compelida a reconhecer o caráter de fonte do Direito à jurisprudência. É que referida Emenda nº 45, trouxe para o sistema brasileiro a súmula vinculante, posteriormente disciplinada pela Lei nº 11.417, de 2006.

Outra não é a inovação trazida pela Lei nº 11.276/2006, que modificou o art. 518, do Código de Processo Civil. A atual redação do artigo (Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder (...). § 1º. O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal) demonstra como as decisões dos Tribunais funcionam como normas de aplicação aos casos semelhantes. Na mesma linha é o art. 557, do CPC (Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior). A redação deste artigo foi dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998.

Os que não reconhecem a jurisprudência como fonte do Direito, geralmente apóiam suas críticas em critérios formais. Defendem que a elaboração de normas de Direito só ocorre quando fruto de processo legislativo. Tais autores se prendem no momento histórico pós-revoluções Americana e Francesa, em que a legitimidade do poder, a justificação do poder foi colocada nas mãos do povo. O Legislativo passou a ser o porta-voz legítimo da vontade popular. Sem dúvida que após as revoluções dos Estados Unidos da América (1776) e da

França (1789), a vontade popular passou a ser a única investida de legitimidade. Consequência imediata, no plano da separação e poderes, foi que no plano das fontes do Direito, a lei parlamentar, por ser fruto da vontade geral, possui dignidade primeira, senão única, de fonte do direito. (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 197).

Com as produções da Escola Histórica do Direito e da Escola do direito Livre, principalmente, os precedentes retomam seu prestígio. Itália, França, Alemanha e Portugal são exemplos do vigor dos precedentes no século XX. No Brasil, já mencionamos a Súmula vinculante.

Percebemos, claramente, que a teoria das fontes (ou uma virada na interpretação) foi revisitada. O positivismo foi abandonado já no início do século XX (LARENZ, 2005, pp. 113/161). A jurisprudência ocupa posição reconhecida de fonte do Direito, o que será demonstrado empiricamente com o trabalho desenvolvido pelas Cortes Constitucionais, notadamente a brasileira.

4. AS FONTES DO DIREITO NO NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA RECONSTRUÇÃO NECESSÁRIA

As transformações sofridas pelo Direito Constitucional foram impulsionadas pela reconstrução da Europa no período após a 2ª Guerra Mundial. As mudanças na Europa, principalmente na Alemanha e na Itália, proporcionaram uma redefinição do papel da Constituição e a influência de suas normas perante as instituições.

Ao que tudo aponta, o marco dessa virada de paradigma, foi a Lei Fundamental de Bonn, de 1949 (Constituição alemã) e a criação, em 1951, do Tribunal Constitucional Federal. Na Itália, tivemos a Constituição de 1947 e a instalação da Corte Constitucional em 1956. Já no Brasil, o processo de reconstitucionalização foi responsabilidade da Constituição Federal de 1988, estabelecendo o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição.

Surge uma jurisdição constitucional alicerçada na força normativa da Constituição e na prevalência dos direitos fundamentais. Os princípios passam a ter força normativa posto que considerados como espécies de normas. Neste contexto, o neoconstitucionalismo se caracteriza por se afastar das normas de direito que ditam o que fazer para um direito em que os princípios indicam o que se pode fazer. (EDUARDO RIBEIRO MOREIRA, 2008, p. 18).

Considerar a divisão das fontes do Direito em formais e materiais e não se levar em consideração nenhum diálogo entre as mesmas, parece miopia acadêmica. Os princípios constitucionais (e aqui nos referimos aos constitucionais porque toda interpretação deve ser realizada com base na Constituição) não admitem a ausência de diálogo entre as fontes do Direito e pelo simples fato de que não se pode interpretar o Direito sem se levar em conta a constitucionalização de todos os seus ramos.

Apesar de, caracteristicamente, ser na *commom law* que predomina o sistema de solução baseado em *case law*, não podemos olvidar que na jurisdição constitucional (e aqui analisaremos a brasileira) há um certo sincretismo envolvendo os sistemas da *commom law* e da *civil law*.

Prova do que se defende aqui é a pouca ou nenhuma utilização da analogia, da equidade e dos costumes para a solução dos conflitos. Uma nova teoria das fontes do Direito se faz urgente para garantir a realização dos direitos fundamentais e a aplicação dos princípios constitucionais. Pietro Sanchis, citado por Eduardo Ribeiro Moreira (2008, p. 188), sintetiza mencionada necessidade de reconstrução da teoria das fontes do Direito:

seja como for, do exposto até qui se depreende que o neoconstitucionalismo requer uma nova teoria das fontes afastada do legalismo, uma nova teoria da norma que dê entrada ao problema dos princípios e uma reforçada teoria da interpretação, nem puramente mecanicista nem puramente descricional, em que os riscos que comporta a interpretação constitucional possam ser conjugados por um esquema plausível de argumentação jurídica.

CAPÍTULO II – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E HERMENÊUTICA: BREVES APORTES

O tema jurisdição constitucional comporta várias indagações, a começar pela discussão acerca de sua legitimidade. É que para alguns autores não se admitem que o Judiciário ou um Tribunal constitucional possa rever (*judicial review*) os atos emanados do Legislativo. Este teria a legitimidade no povo, titular do poder, ao passo que o Judiciário não seria respaldado pela maioria. Salta aos olhos a idéia de separação de poderes a ser enfrentada para se compreender a atividade desenvolvida no *judicial review*. Para esclarecer tal ponto, inclusive, urge realizar um resgate histórico, mesmo perfunctório, da idéia de Estado e de Constituição correntes até se alcançar a configuração atual. A importância dessa amostragem é entender o processo de interpretação do Direito na Jurisdição Constitucional, seus princípios, e como o Tribunal Constitucional, especificamente no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, cria Direito, atua como legislador positivo.

É fato que tradicionalmente o direito continental é identificado como um direito legislado, enquanto que o direito anglo-saxão é direito jurisprudencial, baseado em precedentes. Todavia, esta constatação vem perdendo prestígio ao longo dos anos pela mera observação do trabalho desenvolvido pelos Tribunais Constitucionais. Um estudo acerca de suas decisões revela que o fundamento invocado, preponderantemente, é jurisprudencial. É uma demonstração de que há uma aproximação entre os sistemas continental e anglo-saxão. (JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, 2006, p. 312).

Compreender essa passagem, essa transposição de paradigmas, é de fundamental relevância para a conclusão aqui perseguida, qual seja: o Supremo Tribunal Federal não é mero legislador negativo.

1. PRELIMINAR: DIREITO E ESTADO PÓS REVOLUÇÃO FRANCESA: A CONSTITUIÇÃO LIBERAL E SUA INTERPRETAÇÃO

A fonte divina do Direito coincide com o período de domínio da ideologia teocêntrica que perdurou até meados do século XVIII, quando o mundo presenciou um movimento de valorização do homem, que resultou numa quebra de paradigma institucional ao lhe

reconhecer igualdade, liberdade e fraternidade. Foi a época da Grande Revolução espiritual e racionalista do século XVIII. (PAULO BONAVIDES, 2003, p. 31)

A ascensão de idéias como soberania, absolutismo, a luta contra a igreja, havia tornado o exercício de poder em arma contra os direitos naturais, a liberdade e a igualdade dos homens. A política era pessoal. O processo de formação do Estado foi um longo período caracterizado por lutas, embates, tanto ideológicos, quanto bélicos.⁵ O Estado surge em momentos distintos e por processos históricos diferenciados.

De uma maneira geral, os autores apontam Maquiavel como o pensador que utilizou pela primeira vez a palavra *estado*. Norberto Bobbio (2003, p. 65) afirma que:

é fora de discussão que a palavra “Estado” se impôs através da difusão e pelo prestígio do *Príncipe* de Maquiavel. A obra começa, como se sabe, com estas palavras: Todos os estados, todos os domínios que imperaram e imperam sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados.

No cenário de centralidade de poder, da identificação mística entre soberano e poder, uma classe elabora planos para uma virada histórica que assegure a limitação do poder do soberano - Estado - e, simultaneamente, consagre direitos numa Carta Política. A burguesia entrava em cena; eclode a Revolução Francesa de 1789. A burguesia que antes dera apoio à aristocracia, agora intentava ser investida no poder político que lhe carecia.

O *ancien regime* trouxera consigo a pobreza, a miséria, a exploração do homem. O poder, multifacetado, se chocava com a liberdade do homem. O Estado se tornara o principal inimigo da liberdade que suplicava por emancipação. Luis Lênio Streck e Moraes (2006, p. 51) expõem com proficiência que

enquanto instituição centralizada, o Estado, em sua primeira versão – absolutista -, foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando esta, pô razões econômicas, “abriu mão” do poder político, delegando-o ao soberano, concretizando-se *mutatis mutandis*, aquilo que Hobbes sustentou no *Leviatã*. Na virada do século XVIII, entretanto, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia, legitimando-a como poder legal-racional, sustentado em uma estrutura normativa a partir de uma “Constituição” – no sentido moderno do termo – como expressão jurídica do acordo político fundante do Estado.

Neste passo, a Revolução Francesa assiste ao aparecimento das Constituições modernas, na medida em que estas são içadas a normas superiores que limitam a liberdade humana

⁵ Uma visão histórica sobre a origem do Estado pode ser lida na obra de VAN CREVELD, Martin. *Ascensão e declínio do estado*; tradução de Jussara Simões – São Paulo: Martins Fontes, 2004.

(reconhecidamente, em princípio, ilimitada) e a atuação do próprio Estado na consecução das atividades destinadas ao bem comum. No dizer de Mônia Clarissa Leal (2007, p. 8), o Estado não seria uma criação de Deus, nem uma ordem divina, mas uma comunidade (*res publica*) a serviço do interesse comum de todos os indivíduos (livre, iguais e autodeterminados), tendo como ponto de partida e de chegada esses mesmos interesses comunitários.

A realidade estava juridicizada, os marcos característicos do Estado e das relações entre os homens encontravam-se previstos em normas jurídicas (com toda carga ideológica de completude de seu ordenamento). Se, por um lado, a liberdade do homem era ilimitada (posto que anterior ao Estado) e estava ele autorizado a fazer o que não lhe fora proibido, o Estado, por sua vez, limitado, só poderia realizar o que estivesse previsto em lei. (MÔNIA CLARISSA LEAL, 2007, p. 8) Portanto, a liberdade do cidadão passa a ser a regra e a autoridade e intervenção do Estado, uma exceção. Consagrada a soberania da lei e dos direitos. Constitui-se o Estado de Direito.

Com a burguesia no poder, o aparato ideológico que se seguiu continha uma forma especial de interpretação da Constituição. O liberalismo exigia uma adequada interpretação do texto constitucional para que a consagração de suas previsões confirmasse a superioridade relativamente às demais normas do sistema jurídico e implantasse de vez um modelo social e administrativo fundado na lei. Diante estamos de um legicentrismo.⁶ Já se pode falar em Estado de Direito na sua formulação moderna.

Para uma melhor compreensão das relações entre o Estado e os indivíduos, num ambiente de submissão à lei, e de que forma a Constituição era interpretada/concretizada, deve-se apresentar, embora de forma sumária, o Estado de Direito ou Estado Liberal de Direito.

José Carlos Francisco, em anotações sobre o Estado Democrático de Direito, presente em obra coordenada por Dimitri Dimoulis (2007, p. 148), expõe que a expressão “Estado de Direito” apresenta várias significações, embora seu emprego comumente seja feito para identificar o império da lei como expressão da vontade geral, em oposição à lei como expressão da vontade de Deus ou dos governantes. Por esta razão, identifica-se a expressão ‘Estado de Direito’ durante toda a evolução do constitucionalismo, inclusive na atualidade.

⁶ A expressão é utilizada por SANTORO, Emílio. Estado de direito e interpretação: por uma concepção jusrealista e antiformalista do estado de direito; tradução de Maria Carmela JuanBuonfliglio/GiuseppeTosi - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 25.

Todavia, é possível identificar três modelos: o Estado liberal, o Estado social e o Estado Democrático de Direito. Continua o autor, afirmando que o Estado de Direito liberal, do século XVIII até o século XX, é marcado pela crença na hipersuficiência individual (as pessoas seriam capazes de resolver seus próprios problemas), pelo governo com funções mínimas (Estado mínimo ou garantia, marcado por um não-fazer), pela harmonia natural (o livre mercado organizaria de maneira eficiente a sociedade) e pelo direito mínimo (que consistia essencialmente em regras relativas às relações interpessoais).

Como se denota do articulado acima, o Estado Liberal de Direito tinha como características marcantes o império da lei (*law's empire*) e, como técnica de limitação de poder, a doutrina da separação de poderes, devida a Locke e ao gênio de Montesquieu. Como se percebe, esse período é marcado por uma forte tendência antiabsolutista. Não pairam dúvidas de que todo liberalismo individualista é movido por uma tendência radical contrária à monopolização do poder e esta característica vai marcar toda atuação estatal.

Por serem as pilastras do novo Estado Liberal de Direito, o império da lei e a separação de poderes serão destacados, resumidamente, a seguir.

O intuito é apresentar uma noção básica do princípio da separação de poderes e sua repercussão sobre o modelo de interpretação das leis que imperou no período histórico que envolveu a Revolução Francesa e, com algumas alterações, ainda resiste entre nós. Portanto, não será objeto de análise um estudo aprofundado da origem ou das teorias sobre o poder político, bastando uma rápida abordagem ao pensamento de Marsílio de Pádua e a Montesquieu.

Apresenta-se extreme e dúvidas que a separação de poderes coincide com a necessidade de limitação do poder. Aristóteles, na *Política* e Marcílio de Pádua, no *Defensor da Paz*, expuseram forma de limitação do poder e, segundo a maioria dos autores, teceram os primeiros fundamentos de uma teoria aqui em destaque. Todavia, foi com Montesquieu que mencionada teoria tomou corpo e foi sistematizada.

Necessário se afirmar que a separação de poderes ou funções foi construída ao longo dos anos, uma experiência histórica que se aperfeiçoou nas revoluções do final do século XVIII e que recebeu a ratificação nas Constituições rígidas e escritas dos Estados Unidos e da França. Limitar e legitimar o poder estatal, eis a meta.

Valendo-se dos ensinamentos aristotélicos, Marcílio de Pádua procura reduzir a participação do clero no corpo político, submetendo a Igreja ao poder político e, conseqüentemente, atingindo-se a paz. Para o pensador paduano (1997, p. 117), a lei seria um enunciado ou princípio que procede de uma certa prudência e da inteligência política. Seria mais uma ordem referente ao justo e ao útil, e ainda aos seus contrários, através da prudência política, detentora do poder coercitivo, pois cuida de preceito estatuído para ser observado, o qual se deve respeitar, ou, ainda, a lei é uma ordem promulgada através de determinado preceito.

É a partir do conceito de lei que se pode compreender como o teórico italiano estabelece as diversas modalidades de atuação dos poderes. Em se tratando de função judiciária, Marcílio de Pádua também a submete ao império da lei, preocupando-se em evitar possíveis arbítrios e digressões que possam ser perpetrados. São de Pádua (1997, p. 167) as seguintes observações:

sabe-se inquestionavelmente que ninguém, mesmo sendo virtuoso, está livre das más inclinações e da ignorância, como a lei efetivamente está. Daí ser muito mais seguro que os julgamentos civis estejam regulados pela lei do que está confiados ao arbítrio de quem julga, mesmo que seja uma pessoa virtuosa.

Como se infere, os poderes, na visão paduana, estão submetidos à lei, ou seja, as funções executiva e judiciária estão vinculadas ao poder de legislar, em última análise.

Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, autor do famoso *De L'esprit des lois*, é por muitos considerado o criador da separação de poderes. Entretanto, como visto, esta afirmação não é unânime, nem estreme de críticas, posto que autores outros e em épocas anteriores já haviam desenvolvido pensamento nesse sentido.

O paradigma utilizado por Montesquieu para a sistematização de sua teoria foi a monarquia constitucional britânica. Observa Francis Hamon (2005, p. 91) que o que se entende por separação de poderes no século XVIII é um princípio negativo. Quando se recomenda a separação de poderes, não se indica de que maneira as funções devem ser divididas e exercidas, mas de que forma elas não devem ser. Portanto, a doutrina deixa claro que o poder deve ser limitado por ele mesmo. Nas palavras de Montesquieu (2006, pp. 164-65):

para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder. Uma constituição pode ser feita de tal forma, que ninguém

será constringido a praticar coisas que a lei não obriga, e a não fazer aquelas que a lei permite.

O princípio da separação de poderes foi de tal forma prestigiado no decorrer da história que alcançou *status* nas Constituições modernas e nas Declarações de Direito. Cite-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que em seu famoso art. 16, preceitua que a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição.

Saliente-se que foi Montesquieu o responsável pelo reconhecimento do Poder Judiciário como poder autônomo, porém politicamente nulo. Os juízes seriam meros aplicadores da lei, “a boca que pronuncia as palavras da lei”. (MONTESQUIEU, 2006, p. 169).

Para o pensador francês (2006, p. 172), existiria uma função judiciária:

dos três poderes dos quais falamos, o judiciário é, de algum modo, nulo. Restam dois, portanto, e como esses poderes necessitam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composto de nobres, torna-se muito capaz de produzir esse efeito.

(...)

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes da nação não são, conforme já dissemos, mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor. É, pois, a junta do corpo legislativo que, em uma outra ocasião, dissemos representar um tribunal necessário, e que aqui também é necessária; compete à sua autoridade suprema moderar a lei em favor da própria lei, pronunciando-a menos rigorosamente do que ela.

Portanto, para Montesquieu, a função judicial se restringe à verificação da ocorrência da hipótese descrita na lei no mundo dos fatos e sua conseqüente aplicação. É um silogismo simples, uma subsunção, apenas.

Após a Revolução Francesa de 1789, tem-se uma série de acontecimentos, do ponto de vista sócio-político-jurídico, que merecem ser destacados. Todavia, para o propósito deste texto, haverá relevo na forma de interpretação e aplicação das leis que se seguiram ao Código de Napoleão, de 1801. Ressalte-se, ademais, que não será aqui descrita, à exaustão, a passagem do jusnaturalismo ao positivismo jurídico.⁷

Neste passo, julgamos ser referencial a advertência de Norberto Bobbio (1996, pp. 27-29), pelo que pedimos vênias para transcrevê-la:

⁷ Para uma abordagem sobre os fundamentos políticos e jurídicos do Direito, leia-se: GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica; tradução de Claudia Berliner. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

o Estado primitivo em geral não se preocupa em produzir normas jurídicas mas deixa a sua formação a cargo do desenvolvimento da sociedade, e eventualmente aquele que de vê dirimir as controvérsias, o juiz, tem a incumbência de fixar, de quando em quando, a regra a ser aplicada. Falamos do juiz porque seguindo as modificações da sua posição e de sua função social é que colhemos a passagem do direito não-estatal ao estatal e a passagem, ligada a esta, da concepção dualista do direito (direito natural, direito positivo) à monista (apenas o direito positivo).” E arremata que, “com a a formação do Estado moderno o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado. De acordo com a análise histórica feita por Ehrlich em sua obra *La Logica dei giurist*, este fato transforma o juiz no titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado o legislativo; e impõe ao próprio juiz a resolução das controvérsias sobretudo segundo regras emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo (tratando-se de normas consuetudinárias ou de direito natural), possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado.

Pois bem. A época era propícia a uma interpretação literal da lei, numa evidente tarefa de impedir alguma modalidade de retorno da forma de exercício de poder presenciada nas monarquias absolutistas. Assistiu-se, desta forma, a um movimento de codificação do direito, que, dentre outros diplomas, trouxe à história o Código e Napoleão. Como consequência do ideal revolucionário de *Liberté, Egalité et Fraternité*, as leis deveriam ser claras, os direitos conhecidos de todos, portanto, codificados em linguagem *clara e distinta*.

Segundo Sérgio Nojiri (2005, p. 45), o regime napoleônico, iniciado com o golpe de 18 brumário (09.11.1799), foi diferenciado pela preocupação do primeiro-cônsul de fornecer à nação um corpo legal, código que colocasse um fim às incertezas predominantes na prática judiciária, conforme já havia previsto a Constituição de 1791. Havia a necessidade de criação de leis baseadas na razão, não mais pelo particularismo feudal do antigo regime. Além disso, era perceptível um anseio geral por leis que auxiliassem na construção de uma nação única e indivisível.

Após reduzir o número de integrantes do Tribunato, retirando do mesmo os opositores, Napoleão consegue, em 1804, a aprovação do *Code Civil* francês, pelo que ficou conhecido por toda parte como Código de Napoleão (*Code Napoléon*). Uma das características marcantes do *Code* era a sua forma geral de estabelecer princípios. As previsões detalhadas o tornariam prolixo e pouco claro. (ANDRÉIA COSTA VIEIRA, 2007, p. 47).

Ao lado da codificação, como forma de externar segurança jurídica, tornava-se necessária uma fiel interpretação das leis, interpretação esta que possibilitasse a manutenção da ideologia então reinante. Assim, nada mais adequado do que o emprego de uma abordagem literal, gramatical, dos textos legais.

Ainda com Sérgio Nojiri (2005, p. 48) temos que escola da exegese é a designação que recebeu um grupo de civilista franceses e belgas dedicados a estudar e a ensinar, com metodologia própria, no século XIX, o Código napoleônico. Giovanni Tarello, citado por Sérgio Nojiri na mesma passagem, noticia que a denominação *école de l'exégèse* foi posta em circulação pelo jurista francês Julien Bonnecase que, ao usar a expressão, tinha a intenção de criticar a escola. Apesar disso, como se sabe, o cognome dado consolidou-se no vocabulário jurídico

A Escola de Exegese tinha como metodologia a interpretação literal dos textos, numa abordagem muito semelhante a que foi realizada com os textos sagrados, a Bíblia. Apegar-se ao texto da lei, ensinar o que é a *mens legislatoris*, eis o objetivo da Escola. Afirma Aurélio Agostinho Verdade Vieito (2000, pp. 51-52).estar a tarefa do intérprete

restrita à literalidade do texto da lei, sendo esta a fonte genuína é única do direito. O intérprete deveria ater-se ao texto legal. No início, o único elemento utilizado era o filológico; posteriormente, passou-se a recorrer aos trabalhos preparatórios dos legisladores para descobrir a *mens legislatoris*; e, por fim, alcançou a escola seu marco com a possibilidade do elemento sistemático, tendo em vista que a legislação é um todo orgânico, devendo as leis serem interpretadas de acordo com o conjunto. Contudo nenhum desses métodos poderia ultrapassar os umbrais da legalidade. O objetivo dos elementos de interpretação seria descobrir a *mens legislatoris*. O fetichismo legal e o Estado, como único autor do direito, são os postulados básicos dessa Escola, além, é claro, da vinculação à vontade do legislador.

Portanto, o intérprete estava restrito, preso ao texto legal. O Estado era a única fonte autorizada do direito. Esta doutrina afastava, como é de fácil percepção, toda incursão metafísica ou transcendente à lei. É a era do positivismo jurídico na sua vertente legalista e como reação às concepções jusnaturalistas. Como observa Dimitri Dimoulis (2006, p. 68), o positivismo jurídico indica o estudo do direito posto, uma preocupação com os atos que compõem a norma.

Tomemos por paradigma a proposta do mais famoso positivista do século XX, Hans Kelsen. O vienense afirma que o intérprete exerce sua competência de concretização da norma superior e, para tanto, deve respeitar a “moldura” ou o “quadro” (*Rahmen*) criado por essa norma. Ora, isso quer dizer que a norma oferece ao aplicador um leque de alternativas, cabendo a ele decidir qual será efetivamente adotada, qual o fundamento a ser alocado na norma. Se uma norma constitucional, por exemplo, empregar um termo genérico que permita, variadas interpretações, o legislador pode concretizá-la elegendo um termo que exclua duas. (DIMITRI DIMOULIS, 2006, p. 210).

A lei continua sendo o padrão, o modelo. A luneta mágica do intérprete não poderia se afastar desse foco. O legicentrismo é a tônica desse sistema hermenêutico.

Logo se descobriu a fragilidade desse método de interpretação. O positivismo jurídico, enquanto ideologia que reduzia o Direito (direito estatal) à lei, portava uma forma de interpretação das normas (*retius, lei*) no mínimo míope. A desconsideração dos elementos extralegais, mas imprescindíveis à compreensão do fenômeno jurídico, não permitia que o intérprete ousasse sair da moldura legal, fato marcante no Direito Penal, p. ex.. Não durou muito para se perceber que a metodologia empregada pelo positivismo legalista levava a extremos, bastando citar o emprego de suas técnicas pelo nazismo de Hitler. Como é sabido, as atrocidades cometidas pelo Estado nazista se sustentaram na legalidade.⁸

O Estado liberal se ocultara tanto (pretensamente, na realidade) na realização dos direitos fundamentais que a sociedade passou a exigir outro modelo de exercício de poder pelo Estado. A crise da liberdade e da igualdade se instalara. A inefetividade da liberdade e da igualdade meramente abstratas conduz ao do paradigma do Estado Social que deve realizar esses direitos, sob pena de abandoná-los ao ostracismo. O Estado, acima da sociedade, deve promover a materialização do direito. A postura do juiz, de outro lado, em suas decisões, deve emancipar o sentido da lei com a utilização de novos métodos hermenêuticos, numa maior abertura epistemológica.

A preocupação que surge é de cumprir, realizar os direitos consagrados na Constituição e que foram relegados a segundo plano, sob o argumento de não-interferência estatal. A sociedade exigia uma atividade positiva do Estado. O Estado de Direito não poderia desprezar o domínio do povo, a ordem de domínio legitimada pelo povo. J.J. Gomes Canotilho (2003, pp. 97-98), relevando a Constituição e a democracia, defende que o Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito.

E acrescenta o constitucionalista da Universidade de Coimbra na mesma página:

se o princípio do Estado de direito se revelou como uma “linha Maginor” entre “Estados que têm uma Constituição” e “Estados que não têm uma Constituição”, isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular

⁸ Ver excelente trabalho sobre o julgamento de criminosos nazista: GONÇALVES, Joanisval Brito. Tribunal de nuremberg – São Paulo: Renovar, 2004.

é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do “poder dos cidadãos”. 22. Enfim, tem-se um Estado constitucentrista, no qual a lei deve ser interpretada de acordo com as regras e princípios consagrados na Constituição. Propositadamente, não foi desenvolvido nenhum resgate histórico referente à passagem do Estado de Direito para o Estado democrático-constitucional de Direito. Da mesma forma, preferimos não ingressar nas transformações que originaram o chamado pós-positivismo e a pós-modernidade.

Apresentado o Estado na sua versão constitucionalista, urge, neste momento, estabelecer uma premissa para o desenvolvimento posterior do trabalho proposto. Se no Estado Liberal, com ênfase no primado da lei, o Legislativo foi o modelo de exercício de poder; se no Estado Social (prestacional), era o Executivo que comandava as ações, no Estado Democrático Constitucional de Direito é o Judiciário que em a função garantística de realização dos direitos fundamentais.

É neste ambiente que surge a necessidade da atuação de um Tribunal ou órgão para o controle da atividade dos poderes Executivo e Legislativo e efetivar as normas constitucionais garantidoras dos direitos fundamentais e do regime democrático.

2. DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1. Conceito e Origem

O presente item tem por finalidade apresentar a origem da jurisdição constitucional, citando-se os exemplos notáveis das experiências norte-americana e austríaca. Para a construção desse desiderato urge uma noção sobre Constituição e constitucionalismo, idéias fundamentais para a compreensão do surgimento da jurisdição constitucional.

A contenção do poder do Estado e a garantia de direitos fundamentais foram construídas como objetivos do Estado Liberal. Todavia, a sociedade reclamava por uma prestação estatal no que concerne aos direitos sociais, prestações positivas, um fazer. Não deveria o aparelho estatal se limitar a não ofender as garantias conquistadas, era imperioso que tomasse uma posição ativa, prestacional. Os chamados direitos de segunda geração ou dimensão conduziam o Estado a uma efetiva ação que se caracterizava pela preponderância do Executivo em face dos demais poderes. Ademais, o Legislativo era a face do povo e sua *boca*.

Facilmente se percebe que os poderes Executivo e Legislativo poderiam exceder em suas funções, não se apresentando como segura a inexistência do controle de tais poderes. O princípio da separação de poderes não se apresentava como suficiente para controlar os desvios acaso praticados. Constrói-se, então, o princípio da supremacia da Constituição

escrita e o fundamento teórico para sua garantia. A Constituição, como norma fundamental do sistema, fundamento último do aparato legislativo, é a pedra angular para a consagração de direitos e garantia da consagração do Estado como prometido nas campanhas revolucionárias. Inicialmente, temos uma Constituição formal, destinada à consagração dos valores revolucionários e pouco vocacionada à efetividade de suas normas. O rei cede espaço ao parlamento como principal fonte de produção do Direito. O Legislativo, em substituição ao soberano, ocupada espaço estratégico na externalização da vontade popular. Nesta época, conceitos são construídos sobre Constituição e acerca de constitucionalismo.

Afigura-se como antecedente lógico para a compreensão da jurisdição constitucional que firmemos uma noção de Constitucionalismo e Constituição escrita. Estas realidades, que se implicam, não havendo como se falar de uma sem uma obrigatória referência à outra, oferecem um suporte teórico para a consagração da jurisdição constitucional.

Para J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 51), as Constituições modernas são produto de um movimento constitucional cujas raízes são distintas, de ambientes temporais diversos. Afirma o constitucionalista português que não é correto falar em *constitucionalismo*, mas em *constitucionalismos*, existindo constitucionalismo americano, francês e inglês, por exemplo. Conceitua o mestre de Coimbra constitucionalismo como:

o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.

Podemos dizer que o constitucionalismo é fenômeno que caminhou com os acontecimentos sócio-políticos que ocorreram a partir do século XVII e que construíram as bases do constitucionalismo do Estado Constitucional. Esta fase é posterior ao constitucionalismo clássico das revoluções liberais (Inglaterra – século XVII e Estados Unidos e França – século XVIII). Optamos por esta fase tendo em vista que é nela que se forma um certo *sentimento constitucional* (Pablo Lucas Verdú). É da convergência das expectativas sócio-políticas reinantes no século XVIII que se estenderão os movimentos constitucionais de limitação do poder e garantia dos direitos fundamentais. Portanto, o debate em torno da jurisdição constitucional é um debate em função das possibilidades de limites materiais e formais dos poderes instituídos. Neste aspecto, a jurisdição constitucional se apresenta como um instrumento (caráter procedimental) vocacionado à operacionalização, à

realização de formas de controle dos atos dos poder público. André Ramos Tavares (2006, p. 1) observa que existem, pelo menos, quatro sentidos para constitucionalismo.

Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

Fácil se percebe que todo *movimento constitucional* ou *constitucionalismo* é uma espécie de ideologia e foi baseado em uma idéia de Constituição. Numa sociedade pluralista e democrática, a Constituição deve ser integracionista e universal. A Lei Fundamental, portanto, deve refletir uma integração ética, moral, espiritual e institucional, tendo em vista o desenvolvimento da pessoa humana em sociedade., proporcionando-o existência digna. Para os fins deste trabalho adotaremos o conceito de *constituição normativa que não é um mero conceito de ser; é um conceito de dever ser. Pressupõe uma idéia de relação entre um texto e um conteúdo normativo específico. O texto vale como lei escrita superior porque consagra princípios considerados (em termos jusnaturalistas, em termos racionalistas, em termos fenomenológicos) fundamentais numa ordem jurídico-política materialmente legitimada.* (J. J. GOMES CANOTILHO, 2003, p. 1130).

A Constituição dos liberais, de característica marcadamente formal, encontrava-se distante do povo, das relações intersubjetivas. A promessa de igualdade, liberdade e fraternidade não passou do formalismo da filosofia burguesa. Desta forma, nada mais adequado do que se equacionar uma forma de controle dos atos oriundos do poder público com o intuito de aproximar a Constituição da sociedade, do povo.

Nessa aproximação, o constitucionalismo desempenha um papel de importante relevância, por

... se firmar como uma teoria que tem a Constituição como lei fundamental apta a limitar o poder, mas, mais do que isto, limitar o poder em benefício dos direitos, os quais, conforme a evolução histórica, vão se construindo no engate das lutas políticas (direitos de primeira, segunda e terceira dimensões que demonstram as diversas fases pelas quais passou o Estado de Direito a partir da revolução francesa até os dias atuais. (LUIS LENIO STRECK, 2002, p. 225)

Ora, limitar o poder em benefício de direitos não é tarefa fácil ou alheia a construções de modelos de jurisdição legítima capazes de responder aos anseios do povo, da sociedade. Os

exemplos americano e austríaco nos servirão como paradigmas para a explicitação dos modelos de jurisdição constitucional desenvolvidos nos demais países.

Com a Constituição colocada em posição de supremacia no ordenamento jurídico relativamente às demais normas, o momento seguinte era o de implementar mecanismos e agentes que lhe permitissem permanecer nesse patamar. Toda atividade estatal (hoje também as atividades particulares) deve se submeter aos ditames constitucionais. A origem do *judicial review* da Suprema Corte Americana é a nossa primeira abordagem.

Todo intérprete, quando diante de uma pretensão fundada em norma que não seja a Constituição, uma lei ordinária, por exemplo, deve, antes de aplicá-la, certificar-se se ela é constitucional ou não. No primeiro caso, dar-se-á sua aplicação; no segundo, por ser incompatível com a norma fundamental do sistema, esta deve prevalecer. Foi com este fundamento, comprometido com a supremacia constitucional e sua rigidez que o famoso *Chief Justice* John Marshall solucionou a controvérsia *Marbury x Madison*.

No ano de 1800, John Adams foi derrotado nas eleições presidenciais por Thomas Jefferson. Entretanto, nos últimos momentos de seu governo, Adams, que ainda detinha a maioria no Congresso, fez aprovar uma lei, em 13 de fevereiro de 1801, reorganizando o Judiciário federal, reduzindo o número de Ministros da *Supreme Court* e criando dezesseis novos cargos de juiz federal. A iniciativa tinha nítida intenção de impedir que o Presidente eleito nomeasse novos Ministros, ao mesmo tempo, fossem nomeados juízes federais partidários do Presidente derrotado.

Não satisfeito, Adams fez editar uma nova lei, desta feita em 27 de fevereiro de 1801, autorizando-o a nomear quarenta e dois juízes de paz, sendo os nomes confirmados no Senado em 3 de março de 1801, véspera da posse de Thomas Jefferson. John Adams assinou os atos de investidura dos novos juízes, tendo seu Secretário de Estado, John Marshall (que tinha sido indicado para presidir a Suprema Corte) o encargo de entregá-los aos nomeados.

Adverte José Alfredo de Oliveira Baracho (2001, p. 98) que certas nomeações foram feitas tardiamente, pelo que a antiga administração não teve como assinar todas as designações. James Madison, então Ministro da Justiça do novo governo, opôs-se à nomeação de certos juízes, dentre eles Willian Marbury.

Marbury, diante da impossibilidade de assumir o cargo para o qual fora designado, propôs uma ação judicial (*writ of mandamus*) em dezembro de 1801 para ver reconhecido seu direito ao cargo. Vale salientar que o Congresso, agora de maioria republicana, revogara a lei de reorganização do Judiciário, pelo que restaram extintos os cargos criados pelo governo anterior.

A tensão política era inevitável. Thomas Jefferson não considerava legítima decisão da Suprema Corte que determinasse a entrega a entrega dos títulos e ameaçava de processo de *impeachment* até mesmo os Ministros da Suprema Corte.

Marbury x Madison, como ficou conhecida a decisão, foi o marco principal no reconhecimento de que a Suprema Corte tinha poder para o exercício do controle de constitucionalidade. Marshall desenvolve em sua decisão importantes e decisivos argumentos sobre a supremacia da Constituição, sobre a necessidade do *judicial review* e a competência do Judiciário para tal exercício de jurisdição.⁹

A decisão de Marshall, em síntese, afirmou que Marbury tinha direito à investidura no cargo e o *writ of mandamus* era o remédio adequado. Todavia, finalizou que a Lei Judiciária de 1789, que dava competência à Suprema Corte para o julgamento do *mandamus* era incompatível com a Constituição Americana, em seu art. 3º, cabendo ao Judiciário a interpretação final da Constituição.

Portanto, Marbury x Madison, inaugurou o controle de constitucionalidade moderno, consagrando a supremacia da Constituição, a subordinação dos poderes a ela e a competência do Judiciário como seu intérprete final. Estavam lançadas as bases do controle difuso, pela via concreta.

Na Europa, a justiça constitucional só obteve espaço a partir do pós-guerra de 1919. O sistema que se consagrou definitivamente, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, foi o idealizado por Hans Kelsen e adotado na Constituição Austríaca de 1920. Por não ter objeto relacionado diretamente com este trabalho, não abordaremos a acirrada disputa que se desenvolveu entre Kelsen e Schmitt a respeito de quem deve ser o defensor da Constituição. A Constituição Austríaca, portanto, além de criar uma Corte Constitucional, concentrou nas mãos desta Corte a competência exclusiva para a decisão das questões constitucionais. Na

⁹ A decisão de John Marshall não foi pioneira, muito menos original. Ver, sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro – São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 5/6.

lição de Mauro Cappelletti (1999a, pp. 104/105), a particularidade do modelo de controle austríaco estava em que:

para ser exercido, necessitava de um pedido especial, (“Antrag”), isto é, do exercício de uma ação especial por parte de alguns órgãos políticos. Desta sorte, o controle de legitimidade das leis vinha a ser, na Áustria, diversamente dos Estados Unidos da América, inteiramente desvinculado dos casos concretos, vale dizer, dos processos comuns (civis, penais, administrativos); ele, por conseguinte, em vez de poder ser exercido, como na América, tão-só “em via incidental”, isto é, (como, também, com certa impropriedade se diz) “em via de exceção”, devia ser exercido, na Áustria, sempre em “via principal”, ou seja, “em via de ação”, mediante um adequado e autônomo recurso e com a instauração de adequado e autônomo processo *ad hoc* perante a Corte Constitucional.

Os modelos de controle de constitucionalidade mais consagrados no mundo estavam firmados historicamente. O americano, por suas características, partindo de um caso concreto, de um processo judicial para exercer a atividade de controle; o austríaco, afastando a necessidade de um processo judicial e considerando a lei “em tese” para o mesmo exercício de verificação de compatibilidade da norma com a Constituição.

Afastando-nos da polêmica sobre as diferenças entre “jurisdição constitucional” e “justiça constitucional”, utilizaremos a primeira, na lição de André Ramos Tavares (1998, p. 104), como sendo

(...) a atividade jurisdicional cometida a um órgão específico dentro da estrutura estatal, cuja finalidade última é a de verificar a congruência das normas hierarquicamente inferiores à Constituição com os preceitos desta, tanto no que diz respeito ao aspecto formal quanto material, declarando invalidade da norma e, conseqüentemente, sua inaplicabilidade, a um caso concreto ou em caráter genérico, quando haja discordância dessa norma inferior com o Texto Maior.

A opção metodológica por este conceito se justifica pelo fato de, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal realizar tanto o controle abstrato, genérico, quanto o concreto, pela via difusa (art. 102, da CF). O requisito de exclusividade para a caracterização do Tribunal Constitucional pode ser afastado se considerarmos a jurisdição constitucional como atividade voltada para a defesa da Constituição, como é o caso brasileiro.

2.2. Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional

Quando se fala em jurisdição constitucional, vem à tona o debate sobre sua legitimidade, considerando-se que o Judiciário, no nosso específico modelo, afasta a aplicabilidade de uma norma ou a declara inconstitucional, norma esta elaborada, no mais das vezes, pelo Poder Legislativo que possui legitimidade democrática, alcançada nas urnas das

eleições proporcionais e majoritárias. A questão, portanto, envolve elementos como soberania, princípio da maioria, democracia.

O embate entre os Poderes se torna inevitável. Daí, a importância de se estabelecer bases sólidas a legitimidade da jurisdição constitucional, ainda mais quando se te quem a harmonia entre os poderes é dogma constitucional (art. 2^a, da CF). Neste sentido, a opção democrática aparece, modernamente, como a principal base de legitimação da Jurisdição Constitucional.

O historiador Heródoto (2001, pp. 376/277), refere-se a uma discussão entre três reis persas – Otanes, Megabises e Dario – na qual discutem as formas de governo. Otanes, na sua defesa da democracia, afirma:

não se dá o mesmo com o governo democrático (vícios do governo monárquico), que chamamos de isonomia, que soa como o mais belo de todos os nomes. Neste, não é permitido nenhum dos abusos inerentes ao Estado monárquico. O magistrado é eleito por sorte, e torna-se responsável pelos seus atos administrativos, sendo todas as deliberações tomadas em comum. Sou, por conseguinte, pela abolição do governo monárquico e pela instauração do governo democrático, pois todo poder emana do povo.

Dizer que há democracia é defender que sua existência e funções encontram fundamento na soberania do povo. Mas o que se deve entender por soberania? A resposta vem de Rousseau (2003, p. 43), para quem *a natureza dá ao homem um poder absoluto sobre os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus; e é este mesmo poder que, encaminhado pela vontade geral, tem o nome de soberania.*

É esta vontade soberana do povo que sustenta e dá vida à democracia. No entanto, a questão não pára por aqui. Se a justiça constitucional possui assento na democracia, deve-se admitir que a vontade da maioria – que não se confunde com a vontade geral no pensamento de Rousseau -, prevalece na base de sua legitimidade.

Caracterizado por uma vontade soberana, o princípio da maioria indica a presença de uma minoria que se vê, ao menos em tese, desprivilegiada no que tange as decisões políticas. Assim, não se trata de estabelecer a decisão do corpo político, apenas. Exige-se, também, que haja a proteção das minorias. Para Kelsen (1993, p. 67), *a proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares.*

Ora, proteger-se a minoria através de uma proclamação de direitos não quer dizer, efetivamente, que tais direitos sejam realizados, que alcancem a todos na sociedade. Estaríamos convivendo com duas situações, com duas vontades: a da maioria e a da minoria. Ora, o povo jamais poderia fazer representar sua vontade, pelo simples fato de que a vontade não se representa. Daí o pessimismo de Rousseau no que tange à idéia moderna de representação. Esta problemática não vai atormentar Sieyès. Para o abade, a soberania do povo se confunde com a soberania nacional. Observa Goyard-Fabre (1999, p. 182) que *sejam quais forem as diferenças de apreciação que Sieyès e Rousseau fazem sobre a idéia de representação, estão de acordo sobre um ponto: a soberania pertence ao povo*. E, pertencendo ao povo a soberania, logicamente continua o povo atuando como legítimo titular do poder. Surge, neste ponto, uma outra problemática, desta feita levantada por Kelsen (1993, p. 178):

se se aceitar o princípio da maioria para o desenvolvimento da ordem social, a idéia de liberdade natural não mais pode realizar-se integralmente; só uma aproximação desse ideal será possível. O fato de a democracia ainda ser vista como auto-determinação e de sua liberdade ainda significar que todos só estão sujeitos à sua própria vontade, ainda que a vontade da maioria seja coercitiva, representa mais um passo na metamorfose da idéia de liberdade.

Fica claro, portanto, que democracia não significa cada um sujeito à própria vontade; quer dizer, sim, que a vontade da maioria determina as decisões políticas e, no caso em destaque – o da justiça constitucional -, alicerça sua legitimidade.

O debate acima referido longe está de alcançar seu termo final. No entanto, já se percebe que há uma quantidade expressiva de autores que vêem na democracia a legitimidade da justiça constitucional.

Para o objetivo deste trabalho importa admitir, neste átimo, que a justiça constitucional deve reverências ao princípio democrático, aqui entendido no seu viés principal de decisão da maioria. Portanto, cabe agora dizer como a justiça constitucional cumpre o papel de resguardar os ideais democráticos. É que no exercício da jurisdição constitucional, enquanto poder estatal, o Tribunal – ou órgão equivalente -, pode fiscalizar, e até mesmo impedir, que os demais poderes pratiquem atos em desacordo com as regras e princípios constitucionais.

Vieira de Andrade (1995, p. 76), em pronunciamento no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, em Lisboa – Portugal -, realizado nos dias 28 e 29 de maio de 1993, teve a oportunidade de afirmar que:

... existe a possibilidade de um verdadeiro conflito entre a função fiscalizadora do Tribunal Constitucional e a função do legislador: essa possibilidade existe, desde logo, porque o Tribunal Constitucional tem poderes para controlar efectivamente o respeito pelo princípio da constitucionalidade, mas existe sobretudo na medida em que se entenda que o legislador não é um mero executor da Constituição.

A possibilidade de conflito ressaltada por Vieira de Andrade está no fato de que o Legislativo possui origem na vontade da maioria, enquanto que o Tribunal Constitucional normalmente é composto por pessoas escolhidas pelo Executivo com a participação do Legislativo, tema este que será desenvolvido em tópico separado. Desta forma, como poderia o Tribunal Constitucional declarar inconstitucionais ou afastar a aplicação de leis advindas de um Poder legitimado pela escolha popular inconstitucionais? José de Albuquerque Rocha (1995, p. 80), sobre o tema aqui em destaque, observa com rara percepção:

inicialmente, por transformar-se em intérprete da vontade do constituinte que é a mais alta manifestação da soberania popular; depois, por assumir a função do sensor do Legislativo, sem dúvida o mais democrático dos Poderes. Diante disso, surge a questão de saber até onde seria legítimo atribuir a um órgão de origem não representativo da soberania popular, como o Judiciário, simultaneamente, a função de intérprete supremo da mais alta manifestação da vontade popular que é a Constituição e de sensor do Legislativo, o mais democrático dos Poderes. Parece evidente que o Judiciário, justamente por sua origem não representativa, é o órgão menos indicado para o papel de intérprete da vontade do povo, consubstanciado na Constituição e, por consequência por sensor do Legislativo. Efetivamente, é inadmissível que um órgão sem ligações com a vontade popular seja encarregado de traduzir, exprimir, compreender e dar significação a esta vontade. Certamente, aqui, temos uma das explicações para não aplicação das regras consagradas dos valores democráticos e sociais da Constituição: a origem não democrática do Judiciário a transformá-lo em uma instituição distante do povo e próxima das elites.

Parece evidente que a justiça constitucional sofre de uma crise de legitimidade do ponto de vista democrático. Superar tal crise é tarefa árdua que tem ocupado boa parte da doutrina constitucional e necessária para uma adequada compreensão do papel da jurisdição constitucional. E quando se fala de correta compreensão do tema, entenda-se buscar no momento histórico que caracteriza a pós-modernidade os fundamentos da ordem jurídica constitucional em vigor.

A tensão entre Judiciário e Legislativo deve ser solucionada com base nos princípios democráticos, na forma encaminhada até aqui. André Ramos Tavares (1998, p. 78), citando vários autores, observa:

noutra linha argumentativa, há quem como Raúl Canosa Usera, vá buscar diretamente na Constituição a legitimação dos atos do Poder Judiciário. Segundo este pensamento, é na Constituição que se dividem os poderes do Estado, o que se pode ser levado a efeito pode um poder que lhe seja superior, e que é o poder constituinte originário. Nessa medida, todos os poderes são democráticos, já que

procedem de um ato de soberania popular que é a aprovação de uma nova ordem constitucional, e isto independentemente da forma de sua estrutura,

O mesmo pensamento é exposto por Dalmo Dallari (1977, p. 177), ao asseverar que *o juiz recebe do povo, através da Constituição, a legitimação formal de suas decisões...*

De acordo com tal pensamento, a justiça constitucional encontraria legitimidade, em última análise, no princípio da maioria, posto que é pela maioria que o poder soberano se realiza. O poder constituinte originário, em constituindo uma nova ordem jurídico-política, daria à justiça constitucional legitimidade para o controle da constitucionalidade dos atos normativos, inclusive e mais propriamente, os do Poder Legislativo.

É de bom alvitre destacar que a legitimação da jurisdição constitucional não encontra fundamento unicamente na concepção democrática. A democracia, enquanto governo do povo e para o povo, é uma das várias tentativas para se identificar o manancial lógico-doutrinário do qual emana apontada legitimidade. Fernando Moro (2004, p. 121) oferece excelente síntese sobre o tema em obra específica. A exposição seguinte é deste autor.

a jurisdição constitucional pode ser justificada como uma opção política não necessariamente democrática. Nega-se, nessa perspectiva, que a compatibilidade entre democracia e jurisdição constitucional seja questão problemática, admitindo-se, desde logo, a incompatibilidade. A jurisdição constitucional estaria justificada com base em outros objetivos políticos. Os contemporâneos Estados Democráticos e Sociais de Direito não teriam por base apenas o princípio democrático, mas também o princípio do Estado de Direito e do Estado Social. Enquanto o último se desenvolveu durante os séculos XIX e XX e não passa de um aprofundamento do próprio princípio democrático – afinal significa, em síntese, a submissão do status quo à deliberação democrática -, o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático encontram suas bases no pensamento político do século XVIII.

Nesta linha de pensamento, pode-se afirmar que o Poder Judiciário estaria legitimado para o exercício da jurisdição constitucional, já que fruto de uma vontade soberana. Todavia, tal argumento não é convincente em sua totalidade, considerando-se que esta concepção é extremamente elitista e transforma o juiz numa pessoa portadora de especial qualidade, a de interpretar e ofertar o fundamento das normas. Exatamente neste espaço aparece a posição de Peter Häberle, ampliando o círculo dos intérpretes. Para Peter Häberle (1997, p. 13), *o conceito de interpretação reclama um esclarecimento que pode ser assim formulado: quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (Wer die Norm “lebt” interpretiert sie auch (mit)).*

O argumento institucional de Peter Häberle indica que a jurisdição constitucional não pode ser monopólio de um único órgão ou poder. Se é inegável que a Constituição submete

todos aos seus comandos, nada mais lógico que se atribuir a um poder – preferencialmente o mais fraco – a guarda a Constituição. Relevante perceber que não se faz uma supervalorização do Judiciário, mas inversamente, apela-se para suas deficiências para justificar seu papel de guardião da Constituição e, mais ainda, para o desacerto das democracias.

Apontando, ainda, para as deficiências do regime democrático, a teoria procedimental, capitaneada por John Hart Ely, citado por Fernando Moro (2004, p. 144), afirma que a *função da jurisdição constitucional seria policiar o processo democrático e não os resultados substantivos dele decorrentes*.

Entende-se a compreensão procedimentalista de Ely quando se verifica que suas idéias foram desenvolvidas com base na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, cuja Constituição contém normas de direito substantivo não relacionadas com o processo democrático.

Percebe-se, desta forma, que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional não é lugar comum no pensamento jurídico, co-existindo com outras tantas teorias. Todavia, parece-nos a que melhor responde ao modelo de pós-modernidade exigente de uma cultura humanista e democrática.

Num Estado Democrático de Direito, além do princípio da maioria para a realização adequada do regime democrático, urge a necessidade de se preservar os direitos das minorias que evidencia a sobrevivência do próprio Estado de Direito. Tem-se, portanto, uma complementaridade entre democracia e Estado de Direito. E não se diga que o Poder Judiciário possui um déficit de democracia e que, portanto, não teria legitimidade para o controle dos atos do Poder Legislativo, este representante da vontade popular. Telles Júnior (1986, p. 51), numa síntese lapidar afirma que

...o Poder do Congresso Nacional não é um Poder originário, nem autônomo, nem incondicionado. Ele não se rege por si mesmo, uma vez que sua atuação é pautada pelas normas da Constituição. Ele não leva em si a lei de seu próprio exercício. Não é um Poder soberano. O Poder Legislativo, considerado como Poder do Congresso Nacional, é um Poder constituído, um Poder exercido em conformidade com o que manda o Poder constituinte.

Sem um ambiente democrático não se torna possível a realização da jurisdição constitucional. O problema das tensões entre Legislativo e Judiciário são problemáticas que envolvem a opção democrática. As possibilidades de interpretação pluralista só são adequadas

num território semântico permeado pelos efeitos da democracia, pela presença de valores os mais diversos. Portanto, nos aliamos aos que defendem a legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

2.3. O Mito da Separação de Poderes

Sistematizado há mais de duzentos anos pela teorização realizada por Montesquieu, em seu famoso trabalho *De L'Esprit des Lois*, e que teve como sustentáculo imediato o pensamento de John Locke, em sua obra *Essay on Civil Government*, o princípio da separação dos poderes foi transformado em “dogma” do sistema constitucional da Modernidade. Fundada no Racionalismo Iluminista, foi expressamente contemplado no art. 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (*toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação dos poderes não possui Constituição*).

Como forma de reação ao poder absoluto, os revolucionários franceses entendiam que o poder só poderia ser “controlado” pelo poder (*le pouvoir arrête le pouvoir*). Pensou Montesquieu (2006) que poderia o poder ser limitado, as liberdades garantidas com a separação das funções estatais. Assim, em última análise, um poder não poderia intervir na seara de outro, bem como estaria obrigado a ser harmônico com os demais. A consequência natural seria a de que cabe ao Legislador a tarefa de elaboração do Direito, posto que eleito pelo povo que é o detentor da vontade geral, enquanto que aos juízes caberia a tarefa de “declarar” o Direito, sendo a “boca de lei”. Não raro se ouve que o “juiz só cumpre a lei”.

As tensões inevitáveis entre Legislativo e Judiciário marcam a discussão a respeito do fato, verdadeiro ou não, segundo o qual este também elaboraria Direito, criaria Direito, ou, ao contrário, esta tarefa seria de única responsabilidade do primeiro. Nas palavras de Chaim Perelman (2004, pp. 53/54), tendo como base a escola da exegese,

se é verdade que os juízes devem fazer o direito, este direito, no espírito da escola da exegese, era reduzido a uma entidade quase mística, a *Lei*, expressão da vontade nacional.

Segundo esta concepção, o papel do juiz o obrigaria, sempre que isso fosse possível, e acreditava-se que o era na maioria dos casos, a dar sua sentença conforme à lei, sem ter de preocupar-se com o caráter justo, razoável ou aceitável da solução proposta. Servidor da lei, não tinha de buscar fora dela regras para guiá-lo: era o porta-voz da lei, a quem os exegetas deviam elucidar tanto quanto possível, para fornecer-lhe soluções para todas as eventualidades.

Ao juiz caberia, no máximo, a elucidação e solução das lacunas, das antinomias, numa postura ativa. Bem se percebe a separação estanque e radical entre os poderes abraçada pela teoria que critica a politização dos juízes e as decisões políticas do Judiciário.

Constatou-se, todavia, a possibilidade de ingerência de um poder em outro, ocasionando a politização do Judiciário ou a possibilidade do Judiciário “interferir” em seara típica de outro poder. Tornava-se necessária a fiscalização d atuação dos demais poderes investidos. Surgia o sistema de harmonia entre os poderes, o *Ckecks and balances*. Coube a doutrina norte-americana, precisamente a partir da Constituição Americana de 1787, o desenvolvimento da teoria dos freios e contra-pesos (no Brasil, temos o art. 2º, da Constituição Federal de 1988, ao afirmar que os poderes são independentes e harmônicos entre si).

Na lição de Paulo Fernando Silveira (1999, p. 99),

a doutrina dos freios e contra-pesos foi formulada , à vista da Constituição americana, em desenvolvimento dão princípio da separação de poderes. O *balance* originou-se na Inglaterra, pela qual a Câmara dos Lordes (os nobres) passaram a equilibrar (balancear) os projetos de lei advindos da Câmara dos Comuns (originários do povo),a fim de evitar que leis demagogas, ou formuladas pelo impulso momentâneo de pressões populares, fossem aprovadas. Nas repúblicas, o Senado, além de representar os interesses dos Estados-Membros, também exerce essa função. Já o *ckeck*, por sua vez, surgiu quando o *Justice Marshall* declarou em sua *opinion*, lançada no famoso caso *Marbury x Madison*, em 1803, que o Poder Judiciário tinha a missão constitucional de declarar a inconstitucionalidade – e portanto tornar nulos – dos atos do Congresso, quando, a seu exclusivo juízo, tais leis não guardassem harmonia com a Carta política. Pela doutrina do *Judicial Review* o Judiciário passa a controlar o abuso do poder dos outros ramos governamentais.

A concepção hermética da separação de poderes não mais atende às exigências do mundo globalizado, multicultural, em cujos Estados soberanos se deve buscar a proteção da dignidade do homem.

Não pairam dúvida sobre a fragilidade da separação de poderes. Todavia, longe está seu abandono pelo mundo teórico-científico. A separação de poderes deve ser redimensionada, reescrita para se adaptar ao mundo multicultural e a multifuncionalidade do Estado pós-moderno. A evolução da teoria da separação de poderes, nas feições que lhe foram ofertadas por Locke e Montesquieu, aponta para um dos problemas fundamentais da Teoria Constitucional, qual seja, a mencionada multifuncionalidade do Estado, como dito (ANDRÉ RAMOS TAVARES, 2005, p. 171).

Por outro lado, não há como fugir das tensões que existem entre constitucionalismo e democracia. É que, sem a conciliação exigível entre esses fatores que constituem o exercício de poder, ou teremos, de um lado, a ditadura dos juizes, ou, de outro, a ditadura do Legislativo.

Relativamente à experiência norte-americana, Sérgio Pompeu de Freitas Campos (2007, p. 22), assinala que:

efetivamente, o processo de independência das treze colônias da América do Norte e, posteriormente, o processo constituinte dos Estados Unidos da América resultaram em uma notável forma de conciliação do constitucionalismo com a democracia. Afirmava-se, por um lado, a declaração de independência como ato do povo soberano, realizado no exercício do legítimo direito natural de resistência contra o poder injusto, contra a tirania do Parlamento inglês; e estabelecia-se, por outro lado, uma Constituição de origem (pretensamente) democrática, que organizava e limitava os poderes do Estado através da separação dos poderes e de mecanismos de freios e contrapesos.

Portanto, tivemos na história dos Estados Unidos da América, o rompimento com a tradição inglesa e a consagração de uma Constituição escrita resultado da vontade do povo. Desta forma, procurou-se conciliar constitucionalismo e democracia, ao tempo em que se limitava o poder. De forma semelhante, a França vivenciou a mesma tensão entre constitucionalismo e soberania popular, cujo resultado ímpar para este estudo foi a Revolução Francesa.

Mais uma vez retornamos às tensões entre Legislativo, Executivo e Judiciário, na medida em que a jurisdição constitucional (aqui ressaltamos a presença de Tribunais Constitucionais), por exemplo, judicializa a política, numa atitude que revela uma apropriação das esferas da política pelas Cortes Constitucionais. Tal atividade compromete, de certa forma, a supremacia do Legislativo e, em última análise, a soberania popular. (MARTÔNIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA, p. 222).

Apesar de toda celeuma doutrinária, ao nos depararmos com o texto constitucional, é inevitável nos rendermos ao fato de que a doutrina dos *cheks and balances* assumiu papel relevante nas Constituições atuais. Nossa Carta, de 1988, em seus arts. 66 e 84, dispõe:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.
(...).

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(..);

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

(..).

As disposições acima mostram como o Executivo exerce controle em atividades típicas do Legislativo. E na pára por aqui. Para os fins deste trabalho vale relevar o controle do Judiciário em relação ao Legislativo. Vejamos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

(..).

§ 1.º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

(...).

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...).

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

O controle da constitucionalidade das leis ou atos normativos põe por terra qualquer tentativa de se defender a hermética configuração da separação de poderes.

Vale realçar, neste átimo, a interferência do Judiciário em questões de responsabilidade típica do Poder executivo. O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 271.286, interposto pelo Estado do rio Grande do Sul, teve a oportunidade de explicitar o conteúdo do art. 196, c/c art. 5ª, ambos da constituição Federal de 1988 e que tratam, respectivamente, dos direitos à saúde e à vida.

O recorrido era paciente portador do vírus do HIV e de poucas condições financeiras. Através de decisão judicial obteve a responsabilização do poder público de fornecer os medicamentos necessários ao seu tratamento. O recurso foi desprovido por unanimidade, sob a relatoria do ministro Celso de Mello.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu que o direito à saúde é eficaz, apesar do caráter programático da regra contida no art. 196. Consta da ementa do referido julgado que “o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.” E arremata mais à frente que o caráter programático do art. 196, “não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena e o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”

A decisão acima representa uma típica ingerência do Judiciário em seara própria do Executivo, qual seja, a responsabilidade pelas políticas públicas e pelo fornecimento de medicamentos à população carente.

Conclui-se, portanto, que separação de poderes não mais possui a hermética feição que lhe foi atribuída nos séculos XVIII e XIX. Não pode o princípio ser invocado como proteção do Estado na não realização dos objetivos traçados na Constituição Federal.

2.4. A Nova Interpretação Constitucional

A Constituição institucionaliza uma forma de realização do poder, traçando os limites para seu exercício e consagra a separação de poderes de tal forma que um exerce controle sobre o outro (*check and balances*). O Poder Judiciário aparece para contornar possíveis rupturas na harmonia entre os poderes ou entre esses e a sociedade (*judicial review*), já que não possui vínculo com a maioria.

Historicamente, é no final do Século XVIII que surgem as Constituições propriamente ditas. No início da era constituintista, o legislador exercia um papel *soberano* em relação aos demais poderes, visto que era a representação do poder do povo, o portador da proteção da liberdade e da propriedade. A Constituição, portanto, ampara sua legitimidade em dois pilares: emana da vontade popular e seu próprio conteúdo que reclama a limitação do poder e a defesa dos direitos fundamentais, basicamente. Portanto, ela está impregnada das

concepções da segunda metade do Século XVIII, ou seja, nas concepções contratualistas que otimizam a vontade do povo como fundamento racional do exercício do poder político.

Esta realidade exige, de outra feita, que não esteja o legislador autorizado a interpretar ou modificar a Constituição. Trata-se de Constituição inflexível e rígida. Urge uma hermenêutica adequada à nova realidade, que garanta a aplicação/concretização dos postulados constitucionais. Estes, como é sabido, devem vincular todos os poderes.

Para Hans Kelsen (1996, p. 249), a Constituição que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos. Geralmente, existe uma promessa de leis a fixar e não qualquer obrigação de estabelecer tais leis, pois já mesmo por razões de técnica legislativa, não pode facilmente ligar-se a uma sanção ao não-estabelecimento de leis com o conteúdo prescrito. (...). O catálogo de direitos e liberdades fundamentais, que forma uma parte substancial das modernas constituições, não é, na essência, outra coisa senão uma tentativa de impedir que tais leis venham a existir.

Mesmo a produção legislativa deve observância aos ditames constitucionais, notadamente aos direitos e garantias fundamentais que representam o núcleo de direitos intangíveis e eleito pelo constituinte originário. Este problema nos remete a um outro, qual seja o dos limites da discricionariedade legislativa e a liberdade de conformação do legislador. Para J.J. Gomes Canotilho (2001, p. 216), no Estado Constitucional Democrático, houve uma substancial mutação da lei. Impõe-se precisar a posição do legislador e dos respectivos atos legislativos no quadro de vinculação a uma lei fundamental. As relações materiais Constituição – lei são equacionadas considerando-se o legislador; 1) como mero *executor* de lei constitucional; 2) como *aplicador* da Constituição; e, 3) como *conformador* dos preceitos constitucionais. Qualquer das posições acima adotada, ressalta a vinculação ou limitação do legislador¹⁰ aos moldes traçados pela Constituição, principalmente quando a atividade legislativa venha a ferir direitos e garantias fundamentais.

Ora, em assim sendo, a existência de uma interpretação particularmente constitucional é inevitável. Esta tarefa, no mundo moderno (pós-moderno, para alguns e que não iria alterar o desiderato perseguido neste trabalho) está acometida ao Poder Judiciário, na grande maioria

¹⁰ Conferir a excelente tese de doutoramento LOPES, Ana Maria D'ávila. Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar – Porto Alegre: Fabris Editor, 2001.

dos sistemas constitucionais. Para o estabelecimento de um critério seguro para se conhecer a interpretação constitucional, é necessário o manejo de suas principais categorias.¹¹

Não há norma jurídica que dispense interpretação. (PAULO BONAVIDES, 2005, p. 437). A Constituição como norma jurídica também não está isenta de interpretação. Todavia, a interpretação constitucional possui metodologia própria, posto que alicerçada em princípios reitores da opção política do Estado.

Para melhor compreendermos a interpretação constitucional, torna-se necessário abordar alguns princípios jurídicos específicos dessa particular orientação hermenêutica. Inicialmente, tomemos posse do que se entende por princípio jurídico como espécie de norma jurídica, de direito. Na metodologia jurídica tradicional, havia a distinção entre normas e princípios, o que foi substituída pela idéia segundo a qual os princípios são espécies de norma, assim como as regras (J. J. GOMES CANOTILHO, 2003, p. 1160). Apesar da necessária referência às doutrinas alienígenas que, parcial ou integralmente, foram incorporadas ao nosso pensamento jurídico, dar-se-á prevalência às diretrizes gerais de referidas doutrinas, numa preocupação primeira de construir o caminho para a compreensão das decisões do Supremo Tribunal Federal que revelam uma criação de normas jurídicas, uma construção do Direito.

Paulo Bonavides (2005, p. 271), com apoio em Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, afirma que princípios são normas e que normas compreendem os princípios e as regras. Admitindo-se, portanto, que princípio é espécie de norma, cabe distingui-lo das regras, a outra espécie normativa.¹²

¹¹ Remetemos o leitor ao primeiro capítulo em que restou evidenciado a necessidade de se pensar por categorias.

¹² Fundamental que se ressalte que considerar os princípios como espécies normativas não é lugar comum na doutrina. Quem melhor apresenta, no nosso sentir, a distinção entre princípios e regras é o jurista americano Ronald Dworkin. Em seu famoso *Taking Rights Seriously*, afirma que “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídicas em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis na maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser asceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (Levando os direitos a sério; tradução de Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 39). Já os princípios possuem peso e importância não presentes nas regras. (DWORKIN, Ronald, *op.cit.*, p. 42). Todavia, as distinções dworkianas são refutadas, por exemplo, por Larrey Alexander e Kenneth Kress (Contra os princípios jurídicos, *in* MARMOR, Andrei (org.). Direito e interpretação; tradução de Luís Carlos Borges. – São Paulo: Martins Fontes, 2004).

Não se apresenta como tarefa fácil a distinção aqui perseguida e que coloca lado a lado princípios e regras. J. J. Gomes Canotilho (2003, pp. 1160/161) sistematiza os principais critérios sugeridos pela doutrina especializada, a saber:

a) grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.

b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislados, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.

c) carácter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito: os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

d) proximidade da ideia de direito: os princípios são “Standards” juridicamente vinculantes radicados na exigência de “justiça” (Dworkin) ou na “ideia de direito” (Larenz; as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Como visto, os princípios não possuem uma dimensão única de abordagem, variando seu conceito em virtude da posição jurídico-ideológica adotada pelo intérprete-aplicador. A principal dificuldade, e que tem relação com o objeto de pesquisa aqui desenvolvida, é saber se eles são normas de conduta ou se possuem uma função retórica-argumentativa. Como se pretende chegar à conclusão de que o Poder Judiciário cria direito, indicar-se-á o emprego dos princípios hermenêuticos constitucionais que fundamentam a atividade do intérprete no processo de desenvolvimento, integração, complementação, interpretação e aplicação do direito. Significa afirmar que os princípios jurídicos serão considerados, primordialmente, como função retórica-argumentativa o que não afasta sua utilização, em algumas ocasiões, como normas de direito.

A nova interpretação constitucional leva em consideração o fato de as normas constitucionais possuírem conteúdo aberto, principiológico, não se prestando a uma única significação, posto que dependentes da realidade social que lhe é referencial. O sentido da norma será construído a partir de dados dos casos concretos, das finalidades a serem alcançadas. O papel da criação da norma é de responsabilidade marcante do intérprete-aplicador. A Constituição aparece, nesse modelo, com uma natureza aberta, carente de concretização em face da realidade pós-constituente. Por sua vez, cabe aos Tribunais o papel de criação do direito, mediante uma atividade hermenêutica com o fito de definir a extensão dos direitos consagrados na Carta política. A Constituição – não mais a Liberal ou Social – surge como expressão dos valores eleitos pela comunidade e caracterizadores do Estado Democrático de Direito. (MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL, 2007, pp. 53/54).

Além das atividades próprias da interpretação e aplicação das normas, a hermenêutica constitucional exige um trabalho de construção, dada a natureza aberta da Constituição. Com apoio na doutrina de Cooley, Luis Roberto Barroso (2004, p. 104) afirma que enquanto interpretação é a arte de encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão, a construção significa tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas nos textos e dos fatos nele considerados. Apesar de possuir especificidades próprias, a interpretação constitucional participa, logicamente, do contexto da interpretação geral do Direito. Desta forma, interpretação e aplicação constituem momentos da mesma atividade, qual seja a criação de normas jurídicas. Nesse sentido, Mauro Cappelletti (1999b, pp. 25-27), afirma que a atividade jurisdicional não difere qualitativamente da atividade do legislador. Nas suas palavras:

...o esclarecimento que se torna necessário é no sentido de que, quando se fala de juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária *law making*.

Do ponto de substancial, a criatividade do legislador pode ser quantitativamente mas não qualitativamente diversa da do juiz. Quanto à natureza, esses dois processos não são substancialmente distintos, pois ambos consistem em processos de criação do direito. O que separa um do outro é o *modo* de criação do direito.

A partir dos textos normativos é que se constroem as normas propriamente ditas. Para a continuidade da proposta deste trabalho urge esclarecer as distinções entre texto de norma e norma. Humberto Ávila (2007, p. 30), com apoio em Riccardo Guastini, é enfático ao defender que *normas não são textos nem conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir*

da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.

Friedrich Müller (2005, p. 38) adverte que quando os juristas falam sobre “a” constituição, referem-se ao texto da constituição. Da mesma forma ocorre quando falam de lei para se referirem ao texto literal da mesma. Torna-se fácil compreender essa posição quando admitimos que um texto, uma vez escrito, adquire autonomia e pode suportar inúmeras interpretações/concretizações. As palavras ganham autonomia em relação ao texto.

Quando uma mera operação silogística é utilizada na interpretação das leis, firmemente alicerçada em princípios e métodos cujos resultados são postulados de uma teoria pré-fabricada, a Ciência do Direito resta comprometida. E isto se dá em função da inexatidão observada na metodologia confessada pelo positivismo jurídico kelseniano. A conhecida *moldura* (norma para Kelsen e aqui considerada texto de norma) da norma jurídica permitiria ao intérprete a eleição de um conteúdo decisório dentre vários possíveis. Portanto, haveria uma discricionariedade interpretativa desvinculada do concreto, cabendo ao intérprete preencher a *moldura* e criar a norma jurídica individual e concreta (decisão) para a disciplina do caso concreto. Este modelo não mais atende aos imperativos da jurisdição constitucional, urgindo a presença de metodologia adequada para o enfrentamento e superação do modelo meramente subsuntivo.

O método hermenêutico-concretizador é decorrência da força normativa da Constituição, desenvolvida por Konrad Hesse.¹³ Ao inverso do que afirmara Ferdinand Lassalle¹⁴, a Constituição não é uma mera folha de papel vocacionada a expressar os fatores reais de poder, mas, como afirma Hesse, dotada de força normativa.¹⁵ Nesse sentido, a *concretização* é uma das faces da interpretação que cuida da realização da norma e sua

¹³ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição; tradução de Gilmar Ferreira Mendes – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹⁴ LASSALLE, Ferdinand. O que é uma constituição?; tradução de Hiltomar Martins Oliveira – Belo horizonte: Cultura Jurídica, 2004.

¹⁵ Se a Constituição possui uma relação com os fatos e sua interpretação-aplicação deve considerar tal realidade, HESSE afirma que “a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.” *In* A força normativa da constituição, *cit.*, p. 22.

aplicação a um caso em concreto. Portanto, a interpretação da Constituição, resultando na evidenciação de seu conteúdo material, deve partir de elementos materiais (muitas vezes limitados pela pré-compreensão do intérprete) e dos textos normativos para que se alcance a maior efetividade possível.

Vale realçar que o “textualismo”, visto como modelo de interpretação que privilegia o texto escrito, cede lugar ao “originalismo”, que *permite que o tribunal olhe para além do teor literal escrito da norma* (CRISTINA QUEIROZ, 2000, p. 205).

Pode-se dizer, pelo visto, que a interpretação das normas constitucionais sempre leva ao resultado de uma atualização da Constituição. No entanto, esse resultado só é possível considerando-se o texto da norma e a realidade social simultaneamente, não deve existir dissociação entre essas realidades. Pede-se *vênia* para a transcrição das palavras de Konrad Hesse (1991, p. 13):

o significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”; não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social e não consegue perceber a problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica.

A Constituição, assim, não pode ser descoberta, única e exclusivamente, a partir do que nela está escrito. Mister se faz que o conteúdo da Constituição possa ser esculpido a partir de sucessivos processos de concretização judicial. A jurisdição constitucional assume um relevante papel na construção do sentido do texto constitucional, no que se entende como sendo a nossa Constituição. O papel criador da jurisdição não mais se apresenta como novidade, não mais recebe críticas incontestáveis, isentas de falhas. Todavia, para que não tenhamos arbitrariedade nessa atividade criadora, assumindo o intérprete o papel de manipulador das possibilidades hermenêuticas, tem-se que observar alguns princípios básicos. É o que se verá a seguir.

O texto constitucional, quando interrogado, não responde a nenhuma indagação por si só. Necessário se faz a aproximação dele dos fatos de vida, das situações concretas. É em virtude dessa aproximação, da transformação do abstrato em concreto (interpretação-aplicação) que o texto dirá o que o intérprete deseja saber. Ademais, ao legislador histórico

não é dada a antecipação visionária do futuro para concluir que toda aplicação-concretização resultará na mesma norma, posto que os modelos normativos se alteram a cada concretização (estamos no terreno dos conceitos plurissignificativos), abrindo portas à atividade criadora do intérprete. Portanto, o significado do texto normativo é constituído a partir dos fatos da vida, só alcançando significação, sentido, quando aplicados aos casos concretos.¹⁶ Gilmar Ferreira Mendes (2007, pp. 56-57), citando Pérez Luño e Miguel Reale, é enfático:

por isso é que juristas como Pérez Luño chegam a afirmar que a norma jurídica não é o pressuposto, mas o *resultado* da interpretação, enquanto outros asseveram – como o faz, com frequência, Miguel Reale – que o Direito é a *norma* e também a *situação normada* e que *a norma é a sua interpretação*, uma afirmação que, de resto, é comprovado pelo fato, não contestado sequer pelos críticos da criatividade hermenêutica, de que o direito, em sua concreta existência, é aquele “declarado” pelos juizes e tribunais, e que sem o problema suscitado *a partir do intérprete* as normas jurídicas permanecem genéricas e estáticas, à espera de que ocorram as suas hipóteses de incidência, situações de fato que, também elas, estão sujeitas a juízos de constatação hermenêutica pelas instâncias a tanto legitimadas.

Dizer, portanto, que há uma atividade criadora como resultado da interpretação nos conduz a outra questão, a saber os limites desta atividade criadora. A preocupação toma forma quando se pensa na possibilidade de sair de uma ditadura da lei e pararmos nos braços de uma ditadura dos Tribunais. O espaço breve deste trabalho não permite o desenvolvimento deste tema que, certamente, dá ensejo a grandes debates..

Dessa maneira, os princípios constitucionais podem ser entendidos como o núcleo irreduzível de uma Constituição, não podendo suas normas ser interpretadas isoladamente como se constituíssem partes independentes entre si. O texto constitucional é estrutura o Estado e a sociedade, estabelecendo, também, direitos e garantias das pessoas. Daí se conclui que toda interpretação da Constituição não é uma inteligência de textos isolados, mas de todo sistema constitucional. Luis Roberto Barroso (2004, p. 372) leciona que a ordem jurídica é um sistema e que esse sistema pressupõe unidade, harmonia e equilíbrio. Pode-se afirmar, assim, que a finalidade precípua do princípio ora em destaque é evitar ou equilibrar as problemáticas e contradições que podem surgir quando da interpretação-aplicação das normas constitucionais. Ou seja, uma resolução de possíveis conflitos entre normas constitucionais, por exemplo, que não observe tal princípio corre sério risco de ser uma interpretação míope e alheia à realidade constitucional.

¹⁶ Não se afirma aqui que as normas são dependentes *ad absoluto* dos fatos, caso em que seriam estes e não aquelas os conformadores das relações humanas. Diz-se, por outras palavras, que a efetividade do direito só se torna possível quando a existência do direito é considerada a partir das relações humanas.

Ora, ter como objetivo a unidade da Constituição também é perseguir a máxima efetividade de suas disposições, na medida em que elas são aplicadas após a pré-compreensão e interpretação de todas as disposições envolvidas. Neste sentido, Konrad Hesse, citado por Gilberto Bercovici (2007, on line), ressalta,

sin embargo, sus elementos se hallan en una situación de mutua interacción y dependencia, y sólo el juego global de todos produce el conjunto de la conformación concreta de la Comunidad por parte de la Constitución. Ello no significa que este juego global se halle libre de tensiones y contradicciones, pero sí que la Constitución sólo puede ser comprendida e interpretada correctamente cuando se la entiende, em este sentido, como unidad, y que el Derecho Constitucional se halla orientado en mucha mayor medida hacia la coordinación que no hacia el deslinde y el acotamiento.

A interdependência e interação das disposições podem afastar as tensões e contradições acaso existentes, notadamente num ambiente democrático e pluralista.

Na interpretação constitucional podem ser evidenciados vários princípios norteadores da atividade hermenêutica. Evidente que os métodos tradicionais de interpretação continuam com seu devido valor, contudo, na esfera constitucional, aparecem novos modelos tais como supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público, interpretação conforme à Constituição, unidade da Constituição, razoabilidade ou proporcionalidade e máxima efetividade.

Uma última observação deve ser feita. Quando se defende que o Judiciário, em sua atividade de concretização, cria Direito, não estamos nos referindo à atividade legislativa levada a termo pelo Legislativo. Evidente que a atividade de criação do Direito não se restringe ao processo legislativo e ao modelo típico de elaboração das normas consagrado constitucionalmente. No caso brasileiro, temos as disposições que disciplinam o processo legislativo a partir do art. 59, da Carta Política de 1988. Todavia, entendemos que a construção do Direito se aperfeiçoa com a atividade jurisdicional.

Mauro Cappelletti (2008, p. 16), apresenta uma discussão nos seguintes termos: se é verdade que a atividade jurisprudencial é criadora e que os juízes são participantes da criação do Direito, pode-se dizer que a Jurisdição é uma forma de legislação? O Professor da Universidade de Florença responde negativamente. Para ele, a legislação nada mais é do que uma das várias formas de criação do Direito, o que não significa que qualquer criação do Direito seja Legislação.

A análise detida da principiologia acima destacada será realizada de forma não esgotável (e nem poderia ser) quando apontarmos, no próximo capítulo, decisões do Supremo Tribunal Federal que atestam sua atividade criadora.

CAPÍTULO III – A CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO

1. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Antes de destacarmos a competência do Supremo Tribunal Federal conforme a Constituição de 1988, urge delinear sua origem histórica.

Proclamada a independência do Brasil, estabeleceu a Constituição de 25 de março de 1824, no art. 163:

na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, composto de Juizes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o título de Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daqueles que se houverem de abolir.

O Supremo Tribunal de Justiça, foi instalado em 9 de janeiro de 1829. A denominação de Supremo Tribunal Federal foi adotada na Constituição Provisória publicada com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, e repetiu-se no Decreto n.º 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal. (STF, *on line*). Ademais, o novo Tribunal deveria observar o regimento interno do extinto Supremo Tribunal de Justiça, o decreto n.º 848/1890 e os arts. 218 e 221, do decreto n.º 1.030/1890, até que novo regimento fosse elaborado. (ROSALINA CORRÊA DE ARAÚJO, 2004, p. 93). A Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891, que instituiu o controle da constitucionalidade das leis, dedicou ao Supremo Tribunal Federal os artigos 55 a 59. Um modelo de controle foi adotado pelas Constituições que se seguiram, apesar de conferirem certas distinções.

Após o período de ditadura militar no Brasil, com a restauração da democracia, a Constituição ora vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988, ampliou expressamente a competência do Supremo Tribunal Federal como guarda da Constituição, dedicando-lhe os artigos 101 a 103.

O art. 102, consagra, textualmente, que o STF tem como função precípua a guarda da Constituição, cabendo-lhe, também, a competência para o processo e julgamento dos feitos que arrola. Destaca-se na sua competência o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos através de ações específicas e arroladas pelos arts. 102 e 103A.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, chamada de Reforma do Judiciário, trouxe importantes e decisivas modificações no sistema de controle da constitucionalidade, dentre as quais se destaca a constitucionalização do efeito vinculante (art. 102, § 2º). Por tal efeito, as decisões definitivas de mérito proferidas em sede de ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Antes, o efeito só estava previsto para a ação direta de inconstitucionalidade na Lei nº 9.868/1999, art. 28. (OLAVO AUGUSTO VIANA ALVES FERREIRA, 2005, p. 200).

Por não se integrar no objetivo deste trabalho, não realizaremos análise detida da mencionada emenda.

Pois bem. Dada sua competência para o controle das leis e dos atos normativos, o Supremo possui nítida função criativa, já que dentro de sua reserva de atribuições, pode decidir pelo afastamento de normas oriundas do Legislativo ou Executivo, sob o argumento de incompatibilidade dessas com a Carta Política.

É evidente a inexistência de substituição da vontade do legislador pela do Judiciário, cabendo-lhe unicamente a conformação daquela vontade expressa em normas aos postulados da Carta Política. Gilmar Ferreira Mendes (2008, *on line*), tem exercido um papel de grande relevância no STF no que tange ao controle de constitucionalidade, já que, na sua visão, o Judiciário exerce tanto o papel de legislador negativo quanto de "legislador positivo". Segundo ele:

um levantamento na jurisprudência do STF indica que, entre 5 de outubro de 1988 e 27 de maio de 1998, 99 disposições federais e 602 preceitos estaduais tiveram a sua eficácia suspensa, em sede de cautelar. No mesmo período, 174 disposições estaduais e 27 normas federais tiveram a sua inconstitucionalidade definitivamente declarada pelo Supremo Tribunal no âmbito do controle abstrato de normas. Esses números ressaltam a importância do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Eles demonstram também que, enquanto pretendo "legislador negativo", o Supremo Tribunal Federal – bem como qualquer outra Corte com funções constitucionais – acaba por exercer um papel de "legislador positivo". É que

o poder de eliminar alternativas normativas contém, igualmente, a faculdade de, por via direta ou transversa, indicar as fórmulas admitidas ou toleradas.

Desta forma, os juízes não são mais a boca da lei, como defendia Montesquieu, mas são os tradutores dos sentimentos que foram expressos tanto nas leis como na Constituição Federal. É nesse sentido que Rawls descreve o poder dos Tribunais e, em particular, dos Tribunais de Justiça Constitucional, como um ‘fórum da razão pública. (CRISTINA QUEIROZ, 2002, p. 290).

A Constituição brasileira em vigor autoriza, expressamente, ao Judiciário a suprir omissões legislativas. Não foi à toa que Ronald Dworkin (1999, p. 44) afirmou que *o objetivo da decisão judicial constitucional não é meramente nomear direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles que têm tais direitos.*

2. DECISÕES PARADIGMÁTICAS: A CRIAÇÃO JUDICIAL

A abordagem de decisões do Supremo Tribunal Federal nas quais se destacam a tão divulgada criação do Direito deve observar um critério mínimo de especificidades. É dizer: para não comprometer a compreensão do assunto, optamos por apresentá-lo por tópicos, cada um representado por uma decisão.

No primeiro deles, será relevada a questão da transcendência dos motivos determinantes. Significa utilizar o Supremo dos fundamentos de uma decisão, das suas motivações, para a solução de casos futuros. Aqui não se aplica a regra processual segundo a qual o que vincula as partes está na parte dispositiva da sentença, da decisão, apenas.

O segundo cuida da “objetivação” do recurso extraordinário. Antes de ser um instrumento isolado a serviço do controle difuso da constitucionalidade, o recurso extraordinário também possui relevância no controla abstrato.

A terceira decisão diz respeito às questões política e às normas programáticas. A finalidade aqui é demonstrar que o Judiciário pode interferir, em alguns casos, em questões políticas e na realização, concretização das normas programáticas.

Por fim, o último ponto é relativo à dispensa de prequestionamento no recurso extraordinário. /mesmo sendo requisito de admissibilidade para o conhecimento do recurso, em casos como o relatado aqui, o Supremo tem afastado sua presença obrigatória, tudo em homenagem à guarda da Constituição.

a) Transcendência dos motivos determinantes

O Código de Processo Civil em vigor, professa no art. Art. 469, que não fazem coisa julgada os motivos da decisão, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença. Significa dizer que o fundamento da decisão poderá ser discutido em ocasião posterior à mesma. Tanto é assim que em sede recursal é possível reapreciar a motivação de um *decisum*.

Na Jurisdição Constitucional, como dito, ocorreu a constitucionalização do efeito vinculante. Todavia, agora se indaga se essa vinculação atinge unicamente a parte dispositiva da decisão ou se também alcança os chamados motivos determinantes. Duas teorias disputam a resposta, a teoria restritiva, pela qual os efeitos atingem somente a parte dispositiva e, do outro lado, a teoria extensiva, segundo a qual o efeito vinculante também envolve os motivos determinantes da decisão, inclusive os princípios contidos nas razões determinantes, a atrair para si casos futuros.

O Supremo Tribunal Federal tem aplicado a teoria extensiva e adotado o efeito vinculante também em relação aos motivos determinantes. Contudo, num primeiro momento, decidiu o Tribunal pela teoria restritiva, não admitindo a extensão dos efeitos dos motivos da decisão (ADC 1/DF). Entretanto, no julgamento da Reclamação 2.363/PA, o Tribunal explicitamente adotou a teoria extensiva.

Constou da ementa o seguinte:

E M E N T A: RECLAMAÇÃO. 2. Seqüestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. Afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. 4. Admissão de seqüestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. **Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662. 9. Reclamação que se julga procedente. (destacamos)**

No relatório do Ministro Gilmar Mendes podemos ler:

1. Trata-se de Reclamação, com pedido de liminar, proposta pelo Município de Capitão Poço, com base nos arts. 102, I, 'I' da Constituição Federal, 13 da Lei 8.038/90, e 156 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, contra ato do Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região que ordenou o bloqueio dos recursos financeiros da referida Municipalidade no valor de R\$ 1.553.661,16 (um milhão, quinhentos e cinquenta e três mil, seiscentos e sessenta e um reais e dezesseis centavos) relativos às cotas do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, conduta que, a seu juízo, teria violado a autoridade constitucional desse Excelso Pretório.

2. Alega o reclamante, em síntese, que o ato ora questionado está em discordância com pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na decisão proferida quando do exame da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1662 - DF, tendo entendido a Excelsa Corte, nesta ocasião, estar restrita a possibilidade de bloqueio apenas aos casos de preterição do direito de precedência, conforme disciplina o art. 100, § 2º da Constituição, bem como àqueles de não pagamento de parcelas relacionadas pelo § 4º do art. 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, posicionamento que não se encontraria em harmonia com o que adotado pela decisão ora combatida.

Portanto, objetivava o reclamante a adoção de fundamentos existentes em outra decisão no caso específico que debatia.

O Ministro Relator, Gilmar Mendes, em seu voto, expressou de forma inequívoca, a adoção da teoria extensiva. Peço vênia para transcrever parte do seu voto:

Registre-se que o ato impugnado não teve por fundamento os itens da Instrução Normativa 11/97-TST (objeto da ADI 1662). Todavia, na linha adotada pelo Ministro Maurício Corrêa ao apreciar pedido de liminar na Rcl 2.102, tenho que ‘embora os fundamentos adotados pelas decisões questionadas não guardem identidade com o objeto da ação direta invocada como supedâneo para a reclamação, houve evidente afronta à autoridade da decisão de mérito proferida pelo Tribunal na ADI 1662. Esta fixou a exegese de que, ainda após as alterações constitucionais promovidas pela EC 30/00, somente se admite o seqüestro de verbas públicas para a satisfação de precatórios trabalhistas na hipótese de ocorrência de quebra da ordem cronológica das requisições (CF, artigo 100, § 2o), a ela não se equiparando as situações de não-inclusão da despesa no orçamento, de vencimento do prazo para quitação e qualquer outra espécie de pagamento inidôneo, casos em que configurado o descumprimento de ordem judicial, sujeitando o infrator à intervenção’. O Supremo Tribunal Federal Rcl 2.363 / PA debate acerca da extensão do objeto da reclamação, no entanto, encontra-se ainda pendente de julgamento pelo Tribunal (Rcl 1.987-0/DF). Considero, nesse juízo preliminar, que as razões determinantes da decisão proferida na ADI 1.662 afiguram-se aplicáveis ao caso em exame. Por oportuno, cabem algumas considerações acerca do efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade.

Afirmo, em outra ocasião, que, aceita a idéia de que a ação declaratória configura uma ADI com sinal trocado, tendo ambas caráter dúplice ou ambivalente, afigura-se difícil admitir que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade não tenha efeitos ou conseqüências semelhantes àqueles reconhecidos para a ação declaratória de constitucionalidade. Ao criar a ação declaratória de constitucionalidade de lei federal, estabeleceu o constituinte que a decisão definitiva de mérito nela proferida — incluída aqui, pois, aquela que, julgando improcedente a ação, proclamar a inconstitucionalidade da norma questionada — ‘produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo’ (Art. 102, § 2o da Constituição Federal de 1988).

Portanto, afigura-se correta a posição de vozes autorizadas do Supremo Tribunal Federal, como a do Ministro Sepúlveda Pertence, segundo o qual, ‘quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá Supremo Tribunal Federal Rcl 2.363 / PA de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade’ (Rcl 167, despacho, RDA, 206:246 (247)). Nos termos dessa orientação, a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo federal haveria de ser dotada de efeito vinculante, tal como ocorre com aquela proferida na ação declaratória de constitucionalidade. Observe-se, ademais, que, se entendermos que o efeito vinculante da decisão está intimamente vinculado à própria natureza da jurisdição constitucional em dado Estado democrático e à função de guardião da Constituição desempenhada pelo

Tribunal, temos de admitir, igualmente, que o legislador ordinário não está impedido de atribuir essa proteção processual especial a outras decisões de controvérsias constitucionais proferidas pela Corte.

A transcendência dos motivos não está prevista na Constituição Federal, sendo obra do intérprete/aplicador. Em estudo sobre o tema, Juliano Taveira Bernardes (2007, p. 132), esclarece que a transcendência dos efeitos vinculantes pressupõe um provimento jurisdicional ou administrativo e que *tratem da mesma questão jurídica da decisão vinculante e contrariem o parâmetro interpretativo fixado na decisão vinculante*.

No que pese o reconhecimento do Supremo no que pertine à teoria extensiva, o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática na Medida Cautelar em Reclamação 2.986/SE, abriu uma exceção ao entendimento processual acima referido, conferindo efeitos vinculantes inclusive para os fundamentos determinantes das deliberações da Corte Suprema, em se tratando de demandas de fiscalização abstrata. A ementa é a seguinte:

FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VALIDADE CONSTITUCIONAL DA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ QUE DEFINIU, PARA OS FINS DO ART. 100, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO, O SIGNIFICADO DE OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. DECISÃO JUDICIAL, DE QUE ORA SE RECLAMA, QUE ENTENDEU INCONSTITUCIONAL LEGISLAÇÃO, DE IDÊNTICO CONTEÚDO, EDITADA PELO ESTADO DE SERGIPE. ALEGADO DESRESPEITO AO JULGAMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA ADI 2.868 (PIAUÍ). EXAME DA QUESTÃO RELATIVA AO EFEITO TRANSCENDENTE DOS MOTIVOS DETERMINANTES QUE DÃO SUPORTE AO JULGAMENTO, "IN ABSTRACTO", DE CONSTITUCIONALIDADE OU DE INCONSTITUCIONALIDADE. DOCTRINA. PRECEDENTES. ADMISSIBILIDADE DA RECLAMAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

Segundo o Ministro Celso de Mello:

Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Recl 1.987/DF, Rel. Min. Maurício Correa, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da "transcendência dos motivos que embasaram a decisão" proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria "*ratio decidendi*", projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, "*in abstracto*", de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

Após expor o tema, o Ministro do STF expõe os motivos de sua decisão:

na realidade, essa preocupação, realçada pelo magistério doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por

isso mesmo, não de ser valorizadas, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico, como enfatiza o magistério doutrinário.

Fácil constatar, portanto, que o Supremo pretende conferir eficácia e maior utilidade à fiscalização abstrata de constitucionalidade, ofertando força aos julgados da nossa Corte Constitucional. Todavia, em complemento ao aqui desenvolvido, temos que também no controle pela via difusa o Supremo Tribunal Federal vem extraindo normas gerais aplicáveis a casos futuros. É o que se verá no item seguinte.

b) A “objetivação” do recurso extraordinário

Como já salientado, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro tem passado por diversas e sensíveis mudanças, principalmente após o advento da Emenda nº 45/2004. Além de criar a súmula vinculante (o efeito vinculante já era utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, bastando ver a decisão proferida na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4), a Emenda da Reforma do Judiciário “transformou” o recurso extraordinário que, apesar de ser típico do controle difuso, tem utilidade marcante no controle abstrato.

Cabe relevar que controle difuso é o exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário em feitos de sua competência, enquanto o concentrado é levado a efeito por um único órgão com competência para tal (é o caso do STF previsto, por exemplo, no art. 102, I, a, da CF/1988). Por sua vez, diz-se concreto o controle realizado levando-se em consideração circunstância de um caso particular, em tramitação, o que se distingue do controle abstrato no qual a lei ou ato normativo é atacado em tese.

Segundo Inocêncio Mártires Mendes (2007, p. 1015), no controle concreto ou incidental, tal como sistematizado no Direito brasileiro, a decisão não é a respeito do objeto principal da demanda (ou mérito), mas sobre uma questão prévia indispensável à solução da lide. A decisão nada mais faz do que afastar a incidência da norma viciada, habitando a causa de pedir e não o pedido.

Por simplesmente afastar a incidência da norma é que a maioria da doutrina tem defendido que os efeitos da decisão só atingem as partes envolvidas.¹⁷ Entretanto, o julgamento pode ser no controle difuso, mas abstrato, o que possibilita o Supremo de aplicar a

¹⁷ É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal não é órgão de terceira instância, que não decide para beneficiar ou não o recorrente, diretamente, mas para preservar a integridade da Constituição Federal.

decisão em outras hipóteses. Por oportuno, ressalte-se o posicionamento do ministro Gilmar Mendes no processo administrativo nº 318.715/STF, que culminou na edição da emenda nº 12 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Vejamos o excerto:

O Recurso Extraordinário "deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm adotando."

Gilmar Mendes, no julgamento da Medida Cautelar em Recurso Extraordinário 376852/SC, deixou clara a objetivação dessa via de controle de constitucionalidade.

RE-MC 376852 / SC - SANTA CATARINA. MEDIDA CAUTELAR NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
 Relator(a): Min. GILMAR MENDES
 Julgamento: 27/03/2003
 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
 Publicação DJ 13-06-2003 PP-00011
 RECTE.(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
 ADVD.(A/S) : MIGUEL ÂNGELO SEDREZ JÚNIOR
 RECD.(A/S) : ANTÔNIO PIRES
 ADVD.(A/S) : GERSON BUSSOLO ZOMER E OUTRO
 EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Declaração de inconstitucionalidade, por Turma Recursal, de dispositivos que regulamentam o reajuste de benefício previdenciário. 3. Alegada violação ao art. 201, § 4º, da Constituição Federal. Princípio da preservação do valor real dos benefícios. 4. Concessão de medida liminar para suspensão dos processos que versem sobre a mesma controvérsia. Arts. 14, § 5º, e 15, da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001 - Lei dos Juizados Especiais Federais. 5. Inviabilidade de se deferir a liminar, na forma solicitada, pelo menos até a edição das normas regimentais pertinentes. 6. Aprecação do pleito como pedido de tutela cautelar. Atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário. 7. Pedido deferido para conferir efeito suspensivo ao recurso extraordinário, até que a Corte aprecie a questão.

Sobre o tema, José Levi Melo do Amaral júnior (2002, p. 47) leciona:

A decisão plenária não se equipara plenamente às decisões tomadas em controle em abstrato de constitucionalidade dado não surtir típico efeito *erga omnes* de, por exemplo, uma ação direta de inconstitucionalidade. Mas, por outro lado, fica muito longe de restringir-se ao caso que lhe deu ensejo, porquanto de emana – em razão de normas legais e regimentais – eficácia vinculante *intra muros*, isto é, vincula os colegiados fracionários do tribunal que dirimiu o incidente, valendo para todos os casos concretos subseqüentes que envolvam a mesma *quaestio jûris* constitucional.

Ocorre, nestes casos, o que Luis Guilherme Marinoni (2006, p. 96) admite que a *conformação da lei ou da legislação faz com que o juiz crie, mediante a interpretação ou controle de constitucionalidade, uma norma jurídica para justificar a sua decisão.*

Outra decisão do Supremo Tribunal Federal emblemática foi a proferida no HC 82.959-7/SP. Até o presente julgado, vinha o Tribunal decidindo pela constitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, Lei nº 8.072/1990. Merece referência a decisão plenária do

Supremo Tribunal Federal que, nos autos do HC nº 69.657-1/SP, por nove votos a dois (vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence), reconheceu a constitucionalidade do §1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, decidindo:

...o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente à caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual à fixação da pena, sobretudo no que se refere à intensidade da mesma.

Posteriormente, o mesmo Tribunal, no HC 82.959-7/SP, alterou seu posicionamento, ao admitir a progressão de regime para os apenados por crime hediondo.

A decisão proferida neste caso foi resultado de discussão abstrata travada no âmbito do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, com sua nova composição. O resultado apertado (6x5) demonstra a delicadeza da matéria,

No que pese o cumprimento da pena iniciar no regime fechado, obrigatoriamente, o Tribunal “aconselhou” que se visse, caso a caso, se o apenado cumpre os requisitos para a progressão de regime.

Ao declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei nº 8.072/1990, unanimidade, explicitou que:

... a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão

Afastado o óbice para a progressão de regime, *data vênia* entendimentos diversos, os magistrados, nos processos em curso, terão de adotar a nova posição do Supremo. É que o Tribunal vem dando mostras de que adota nesses casos a “objetivação” ou “abstrativização”.

Neste sentido, a Ministra Ellen Gracie, no julgamento do AI nº 375.011, sustentou que “o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões”, ao lembrar a discussão travada pelo Pleno da Corte nos autos da Medida Cautelar no RE nº 376.852/SC, cujo voto do Ministro Gilmar Mendes, ao defender que o recurso extraordinário é meio de provocação da jurisdição constitucional, deixou registrado que o “instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de

defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a fundação de defesa da ordem constitucional objetiva”.

Tanto vincula outros julgados que existe a possibilidade de se utilizar os fundamentos da decisão em outros casos *sub judice* (transcendência dos motivos determinantes). Apesar deste nosso entendimento, o Ministro Carlos Britto, relator da Reclamação 4263/MT, reconheceu a ilegitimidade de um determinado reclamante para buscar, através daquele instrumento, a garantia da autoridade da decisão proferida nos autos do HC nº 82.959-7/SP, sob o fundamento de que o reclamante não havia participado daquele julgamento. Vejamos em suas palavras:

assim sumariado o caso, passo a decidir. Ao fazê-lo, observo que não se juntou instrumento de mandato, falha que, se fosse única, poderia ser objeto de sanção. Noves fora essa questão formal, entendo ser a reclamatória manifestamente incabível. Isto porque a reclamação constitucional prevista na alínea "I" do inciso I do artigo 102 da Carta-cidadã se revela como uma importante ferramenta processual para o fim de preservar a competência desta colenda Corte e garantir a autoridade das suas decisões. Nesta última hipótese, contudo, sabe-se que as reclamatórias podem ser manejadas ante o descumprimento de decisórios proferidos, com efeito vinculante, nas ações destinadas ao controle abstrato de constitucionalidade, tanto quanto em processos de índole subjetiva (desde que, neste último caso, o eventual reclamante deles haja participado). 4. Com os olhos postos no caso concreto, observo que a decisão tomada no processo apontado pelo reclamante não possui efeito vinculante e eficácia erga omnes, razão pela qual o pronunciamento jurisdicional exarado nesse feito apenas tem a finalidade de atar as partes neles envolvidas. Se é assim -- vale repisar --, se o reclamante não figurou em nenhum dos pólos da relação processual instaurada no seio do precitado processo, é de se inferir que falta ao acionante legitimidade ativa ad causam. 5. Por tudo isso, frente ao § 1º do artigo 21 do RI/STF, nego seguimento à reclamação, restando prejudicado o exame da medida cautelar. Publique-se. Brasília, 06 de abril de 2006.

Nada mais sensato do que se admitir que o recurso extraordinário está sendo reconstruído pelo Supremo Tribunal Federal.

c) Normas constitucionais programáticas e questões políticas

Segundo o magistério de José Afonso da Silva (2004, p. 138), entende-se por normas programáticas

...aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Citando conceito de Crisafulli, José Carlos Vasconcellos dos Reis (2003, pp. 35/36) indica que normas programáticas são:

aquelas normas jurídicas com que o legislador, ao invés de regular imediatamente um certo objeto, preestabelece a si mesmo um programa de ação, com respeito ao próprio objeto, obrigando-se a dele não e afastar sem um justificado motivo. Com referência àquelas postas não numa lei qualquer, mas numa Constituição do tipo rígido, qual a vigente entre nós, pode e deve dar-se um passo adiante, definindo como *programáticas* as normas constitucionais mediante as quais um programa de ação é adotado pelo Estado e cometido aos seus órgãos legislativos, de direção política e administrativa, precisamente como programa que obrigatoriamente lhes incumbe realizar nos modos da respectiva atividade. Em suma, um programa político, encampado pelo ordenamento jurídico e traduzido em termos de normas constitucionais, ou seja, provido de eficácia prevalente com respeito àquelas normas legislativas ordinárias: subtraído, portanto, às mutáveis oscilações e à variedade de critérios e orientações de partido e governo e assim obrigatoriamente prefixado pela Constituição como fundamento e limite destes.

O tema desemboca no âmbito das questões políticas e na possibilidade, se é que existe, de o Judiciário controlar a atividade dos demais poderes. O Supremo já possui decisão firmada nesta esfera. Quando da decisão plenária do MS nº 23.452-1/RJ, impetrado contra ato coator do Presidente de determinada Comissão Parlamentar de Inquérito, restou consignado:

O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES:

- A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição.

Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal.

- O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República.

O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes.

Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República.

Interessante frisar, por oportuno, trecho do voto condutor do Ministro Celso de Mello:

com efeito, o sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de denominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional.

Com a finalidade de impedir o exercício abusivo das prerrogativas estatais pudesse conduzir as práticas que transgredissem o regime das liberdades públicas e que sufocassem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribui-se ao

Poder Judiciário a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais.

Assim, indiscutível a admissibilidade pelo Supremo do controle das questões políticas. Negar, radicalmente, tal fato seria o mesmo que negar o próprio Estado de Direito. Várias decisões do Supremo podem ser colacionadas. Vejamos algumas delas:

nem se diga, de outro lado, na perspectiva do caso em exame, que a atuação do Poder Judiciário, nas hipóteses de lesão, atual ou iminente, a direitos subjetivos amparados pelo ordenamento jurídico do Estado, configuraria intervenção ilegítima dos juízes e tribunais na esfera de atuação do Poder Legislativo. Eventuais divergências na interpretação do ordenamento positivo não traduzem nem configuram situação de conflito institucional, especialmente porque, acima de qualquer dissídio, situa-se a autoridade da Constituição e das leis da República. Isso significa, na fórmula política do regime democrático, que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado – situe-se ele no Poder Judiciário, ou no Poder Executivo, ou no Poder Legislativo – é imune à força da Constituição e ao império das leis. Uma decisão judicial – que restaura a integridade da ordem jurídica e que torna efetivos os direitos assegurados pelas leis – não pode ser considerada um ato de interferência na esfera do Poder Legislativo (...). (MS25.617-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 24-10-05, DJ de 3-11-05).

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma comissão parlamentar de inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-99, DJ de 12-5-00). No mesmo sentido: MS 24.458-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 18-2-03, DJ de 21-2-03.

"(...) reputo indispensável — tratando-se de CPI — que a investigação por ela realizada atenha-se a um âmbito de atuação materialmente delimitado, com referência a dados concretos, como parece registrar-se, no caso em exame, com a Comissão Parlamentar de Inquérito em questão, cujo Requerimento de criação alude, com extrema clareza, a um lamentável e trágico evento da aviação civil brasileira, em que 154 pessoas perderam a vida, em decorrência de suposta falha do sistema de controle de tráfego aéreo, que também constitui objeto de apuração expressamente indicado no Requerimento subscrito pela minoria legislativa e acentuado, de modo particularmente enfático, na 'Justificação' que compõe o Requerimento em causa (fls. 17v./18v.). Nada mais determinado, portanto, em sua concreta (e dramática) configuração, do que esse terrível episódio, expressamente incluído no campo da investigação legislativa pretendida pela minoria parlamentar na Câmara dos Deputados. Como assinalado, o Requerimento n. 1/2007, subscrito pela minoria parlamentar, na Câmara dos Deputados, indica, de forma bastante clara e precisa, um evento concreto que se ajusta ao conceito de fato determinado, a atender, assim, a exigência que a Constituição impõe ao ato de criação da Comissão Parlamentar de Inquérito. Na realidade, o Requerimento da minoria parlamentar contém referência a fato determinado (a morte trágica de 154 pessoas), cuja menção, por si só, já bastaria para viabilizar a instauração da Comissão Parlamentar de Inquérito, permitindo, desse modo, em face de notório contexto, a apuração legislativa — de interesse geral dos cidadãos deste País — das 'causas, conseqüências e responsáveis pela crise do sistema de tráfego aéreo brasileiro, chamada de 'apagão aéreo', desencadeada após o acidente aéreo ocorrido no dia 29

de setembro de 2006 (...)’ (fls. 17v.). Nada mais ultrajante, para o sentimento de decência nacional, do que os eventos que compõem a sucessão de graves incidentes que culminaram no terrível acidente aéreo de 29-9-2006, envolvendo 154 vítimas, e que representou o mais dramático episódio de toda essa cadeia de lamentáveis ocorrências que afetaram — e continuam afetando — o sistema de tráfego aéreo em nosso País, gerando transtornos, provocando inquietude, reduzindo a confiabilidade na segurança do transporte aéreo, comprometendo a integridade do próprio sistema de controle de tráfego aéreo administrado pela União Federal e lesando, profundamente, os direitos básicos, decorrentes de relações de consumo, titularizados pelo usuário desses mesmos serviços. O que me parece irrecusável, nesse contexto, é que a menção ao trágico episódio do acidente aéreo bastaria para que nele se reconhecesse a presença, no caso, do fato determinado a que se refere a Constituição da República no § 3º de seu art. 58. Entendo, portanto, sempre em juízo de estrita deliberação, que a exigência constitucional pertinente ao fato determinado acha-se atendida no caso ora em exame. Desnecessário dizer-se, também, que a CPI, enfocando, apenas, esse gravíssimo acidente aéreo, poderá estender, legitimamente, a sua investigação à pesquisa e apuração das causas subjacentes a esse trágico episódio, tal como expressamente referido no Requerimento n. 1/2007 subscrito pela minoria parlamentar. Mesmo que o Requerimento de criação da Comissão Parlamentar de Inquérito em questão não fizesse qualquer menção às causas do acidente aéreo, ainda assim a investigação poderia incidir sobre elas, pois, como se sabe, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem afirmado inexistir obstáculo constitucional a que a CPI apure novos fatos, sequer referidos em seu ato de criação, se esses novos fatos guardarem conexão com o fato determinado (acidente aéreo com 154 mortes, no caso) expressamente indicado no requerimento de instauração da CPI. Saliente-se, neste ponto, que se revela plenamente viável, a qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, ampliar, de modo legítimo, o campo de suas investigações, estendendo-as a outros eventos (não mencionados no requerimento de sua criação), sem que incida, por tal motivo, em transgressão constitucional, contanto que tais eventos guardem conexão com o fato principal que motiva a apuração congressional. Esse entendimento — que encontra apoio no magistério da doutrina (Alexandre Issa Kimura, *CPI — Teoria e Prática*, p. 38/39, item n. 2.3.3, 2001, Juarez de Oliveira; Odacir Klein, *Comissões Parlamentares de Inquérito — A Sociedade e o Cidadão*, p. 33/38, 1999, Fabris Editor, v.g.) — tem o beneplácito da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal: ‘I. – A Comissão Parlamentar de Inquérito deve apurar fato determinado. C.F., art. 58, § 3º. Todavia, não está impedida de investigar fatos que se ligam, intimamente, com o fato principal. (...)’ (RDA 209/242, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno)” (MS 26.441-MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 29-3-07, DJ de 9-4-07)

Senhor Presidente, como se vê, a análise do pedido na presente ação depende da definição da natureza da matéria disciplinada pela norma atacada. O governador do estado de São Paulo, ao ajuizar a ação, parte da premissa de que a norma trata de matéria trabalhista. A Assembléia, em suas informações, sustenta que a previsão de exames preventivos foi preconizada única e exclusivamente para a defesa da saúde dos servidores de empresas públicas paulistas. (...) Vejo que a declaração de inconstitucionalidade é conclusão necessária da constatação de ofensa ao art. 61, § 1º, c, da Constituição federal. Segundo, caso entendêssemos que a lei poderia ter sido editada em exercício da competência concorrente para legislar do estado-membro em defesa da saúde (art. 24, XII, da Constituição federal), eu veria outro problema, não suscitado pelo governador. É que não há explicação plausível para que o programa seja instituído apenas para atender servidores das empresas públicas. As informações constantes dos autos não contêm dados indicativos da existência de programa semelhante destinado aos servidores da Administração Direta estadual ou das demais entidades da Administração Indireta. Não entro, nesse ponto, na discussão sobre problemas de controle de constitucionalidade de omissões. Na espécie, vejo vício de proporcionalidade nessa restrição, cuja razão é difícil encontrar. Sobre esse debate, seria cabível mesmo suscitar, ainda, outra dúvida: se a

Constituição preconiza um sistema unificado de saúde, é justificável, ao menos do ponto de vista constitucional, que se criem programas públicos de saúde restritos a servidores? Salvo casos de demonstrada adequação, isso não ofenderia também a isonomia constitucional e a própria concepção de serviço de saúde pública na Constituição de 1988? De qualquer sorte, nem é preciso responder a essas dúvidas para a solução do caso.” (ADI 3.403, voto do Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 18-6-07, DJ de 24-8-07).

As decisões acima ratificam o aqui defendido, ou seja, a “interferência” do Judiciário em questões afetas a outro poder do Estado. E mais, não há como negar a elaboração de normas para a solução dos casos postos à sua análise.

d) Recurso Extraordinário – dispensa de prequestionamento

Interessante decisão foi proferida pela Ministra Ellen Gracie nos autos do Recurso Extraordinário 219.932-2/SP. A Súmula 356, do STF é enfática quanto à exigência de prequestionamento para a admissibilidade de Recurso Extraordinário (O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.).

A decisão referida tem a seguinte ementa:

CONCURSO PÚBLICO. RESSALVA. NOMEAÇÃO PARA CARGO EM COMISSÃO. DÉCIMOS DA DIFERENÇA ENTRE REMUNERAÇÃO DO CARGO DE QUE SEJA TITULAR O SERVIDOR E DO CARGO EM FUNÇÃO OCUPADO. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A Constituição Federal prevê, em seu art. 37, II, in fine, a ressalva à possibilidade de “nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação”, como exceção à exigência de concurso público.

Inconstitucional o permissivo constitucional estadual apenas na parte em que permite a incorporação “a qualquer título” de décimos da diferença entre a remuneração do cargo de que seja titular e a do cargo ou função que venha a exercer. A generalização ofende o princípio democrático que rege o acesso aos cargos públicos.

2. Ao Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, incumbe declarar a inconstitucionalidade de lei, sempre que esta se verificar, ainda que *ex officio*, em razão do controle difuso, independente de pedido expresso da parte.

3. O Ministério Público atuou, no caso concreto. Não há vício de procedimento sustentado.

4. Embargos da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo e do Estado de São Paulo acolhidos em parte, para limitar a declaração de inconstitucionalidade dos art. 133 da Constituição e 19 do se ADCT, tão só, à expressão, “a qualquer título”, constante do primeiro dispositivo. Rejeitados, os do servidor, por não demonstrada a existência da alegada omissão e por seu manifesto propósito infringente.

No relatório, salientou a ministra Ellen Gracie a respeito dos Embargos interpostos pelo Estado de São Paulo e que levantava vícios de procedimento no julgamento. Em suas palavras:

os segundos embargos de declaração, do Estado de São Paulo, a par de apresentar, quanto à existência de contradição e obscuridade, razões semelhantes às dos embargos da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, sustentam, também, ter havido vícios de procedimento no julgamento. Alegam julgamento ultra petita, posto que não foi pedida, em nenhum momento processual, a declaração de inconstitucionalidade e nem argüida, por qualquer das partes, eventual eiva de descompasso entre tal dispositivo e a Constituição Federal, além da falta da obrigatória manifestação do Ministério Público, na declaração de inconstitucionalidade.

Por último, requer, a Fazenda Pública embargante: “*em pedido sucessivo que se decrete a nulidade do julgamento levado a cabo em razão dos vícios de procedimento apontados e, por fim, caso assim não entenda Vossa Excelência, que reste exposto que a presente declaração refere-se aos casos de desvio de função, fazendo-se, assim, uma interpretação conforme do texto constitucional sub judice, e, valendo como precedente jurisprudencial para os demais casos a serem julgados pela Corte, nos termos do art. 101 do Regimento Interno desta Corte.*” (fl. 248).

Em outro julgamento, também de relatoria da Ministra Ellen Gracie, nos autos do AI-AgR 375011, mais uma vez foi afastada a ausência de prequestionamento, fazendo prevalecer o controle da constitucionalidade.

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. REAJUSTE DE VENCIMENTOS CONCEDIDO PELA LEI MUNICIPAL 7.428/94, ART. 7º, CUJA INCONSTITUCIONALIDADE FOI DECLARADA PELO PLENO DO STF NO RE 251.238. APLICAÇÃO DESTE PRECEDENTE AOS CASOS ANÁLOGOS SUBMETIDOS À TURMA OU AO PLENÁRIO (ART. 101 DO RISTF). 1. Decisão agravada que apontou a ausência de prequestionamento da matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário, porquanto a Corte a quo tão-somente aplicou a orientação firmada pelo seu Órgão Especial na ação direta de inconstitucionalidade em que se impugnava o art. 7º da Lei 7.428/94 do Município de Porto Alegre - cujo acórdão não consta do traslado do presente agravo de instrumento -, sem fazer referência aos fundamentos utilizados para chegar à declaração de constitucionalidade da referida norma municipal. 2. Tal circunstância não constitui óbice ao conhecimento e provimento do recurso extraordinário, pois, para tanto, basta a simples declaração de constitucionalidade pelo Tribunal a quo da norma municipal em discussão, mesmo que desacompanhada do aresto que julgou o leading case. 3. O RE 251.238 foi provido para se julgar procedente ação direta de inconstitucionalidade da competência originária do Tribunal de Justiça estadual, processo que, como se sabe, tem caráter objetivo, abstrato e efeitos erga omnes. Esta decisão, por força do art. 101 do RISTF, deve ser imediatamente aplicada aos casos análogos submetidos à Turma ou ao Plenário. Nesse sentido, o RE 323.526, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 4. Agravo regimental.

Em seu voto, a Ministra ressalta o papel do Supremo como guardião da Constituição, intérprete último da mesma. Afirmou que, apesar da ausência de prequestionamento, estava *inclinada a valorizar, preponderantemente, as manifestações do Tribunal, especialmente as resultantes de sua competência mais nobre – a de intérprete último da Constituição Federal.*

Portanto, resta evidente a atividade construtiva do Supremo, ao afastar óbice previsto em Súmula do próprio Tribunal, inclusive.

CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto durante todo percurso do texto, o Direito não mais pode ser considerado como objeto cultural estático, imune às intempéries sociais. A ideologia do positivismo legalista não permanece segura quando contrastada com a realidade histórica a exigir novas formas de abordagem e de concretização do Direito.

O neoconstitucionalismo e o Estado Democrático e Constitucional de Direito transformaram ou adequaram a metodologia do Direito. Sua interpretação, notadamente no ambiente constitucional, merece princípios e a metodologia específicas, afinal a Constituição se apresenta como a síntese dos valores correntes na sociedade e normatiza as relações de poder.

O juiz deixou de ser um autômato na interpretação/aplicação do Direito para ser um agente transformador, participante da criação do Direito. Não restam dúvidas acerca do papel não secundário do magistrado, envolvido agora com as conquistas da liberdade, da igualdade. Tantas vezes é ele chamado a contribuir na concretização de direitos fundamentais, bem como conformar as diversas instâncias de manifestação do poder.

Para responder às novas exigências, o dogma da separação de poderes foi alvejado de morte, uma nova configuração foi necessária para atender a regra da harmonia entre os poderes.

A jurisdição constitucional surge como o palco de grandes e notáveis transformações na interpretação e aplicação do Direito. Sua legitimidade, apesar de contestada por alguns, repousa na democracia, posto que seria inimaginável uma jurisdição constitucional sem a presença de um ambiente democrático.

Por tudo isso, o Judiciário tem o dever de se engajar na busca e no alcançar de um mundo mais humano, mais justo.

REFERÊNCIAS

ALVES FERREIRA, Olavo Augusto Viana. **Competências do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça na emenda constitucional 45/2004.** in TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. (Coordenadores). Reforma do judiciário analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de arguição de inconstitucionalidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ANDRADE, J. C. Vieira de. **Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria.** In **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional.** Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Coimbra, 1995.

ARAÚJO, Rosalina Corrêa de. **O estado e o poder judiciário no Brasil.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução por Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ARISTÓTELES. **A política.** Tradução por Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, 1988.

ARISTÓTELES. **Política.** Tradução por Mário da Gama Cury. Brasília/DF: UNB, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARRETO LIMA, Martônio Mont'Alverne. **Teoria da constituição. Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional.** Cláudio Pereira de Souza Neto, Gilberto Bercovici, José Filomeno de Moraes Filho e Martônio Mont'Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição.** São Paulo: Saraiva, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. **O princípio da unidade da constituição**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_145/r145-11.pdf . Acesso em: 10 de maio de 2007.

BERNARDES, Juliano taveira. **Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade**: transcendência aos motivos determinantes? In CAMARGO, Marcelo Novelino (Organizador). *Leituras complementares de direito constitucional. Controle de constitucionalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução por Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2005.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução por Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito; tradução e notas Márcio Tugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo; Malheiros, 2007.

CAETANO, Marcelo. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução por Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____. **Juízes legisladores?** Tradução por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____. **Processo, ideologias e sociedade**. Tradução por Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. Tradução por Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Res publica. Ensaios constitucionais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O controle de constitucionalidade pelo supremo tribunal federal.** In *O Poder Judiciário e a Constituição*. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito.** Tradução por Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

DIMOULIS, Dimitri (Coordenador Geral). **Dicionário brasileiro de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Manual de introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Positivismo jurídico.** São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeria. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDO SILVEIRA, PAULO. **Freios e contrapesos** (checks and balances). Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação.** São Paulo: Atlas, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia saraiva do direito.** São Paulo: Saraiva, 1977.

FREITAS CAMPOS, Sérgio Pompeu de. **Separação dos poderes na jurisprudência do supremo tribunal federal –** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica.** Tradução por Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** Tradução por Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para interpretação pluralista e `procedimental` da Constituição.** Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HAMON, Francis. **Direito constitucional.** Francis Hamon, Michel Troper, Georges Bourdeau; tradução por Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005.

HERÓDOTO. **História.** São Paulo: Ediouro, 2001.

HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. **Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana.** Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Tradução por Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

JUNIOR, Goffredo Telles. **A Constituição, a Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 1986.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução por Hiltomar Martins Oliveira. Belo horizonte: Cultura Jurídica, 2004.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução por Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. **A democracia**. tradução por Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade**: Algumas Notas. **Revista Jurídica Virtual**. Ano 01. v. 01, mai. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Teoria.htm>. Acesso em: 05 jan. 2008.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução por Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da constituição. São Paulo: Método, 2008.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. Tradução por Peter Nauman. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001.

NOJIRI, Sérgio. **A interpretação judicial do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PÁDUA, Marcílio de. **O defensor da paz**. Tradução por José Antônio Camargo Rodrigues de Souza. Petrópolis: Vozes, 1997.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução por Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2002.

_____. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. **As normas constitucionais e o controle do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Tradução por Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. José Adércio Leite Sampaio, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coordenadores). Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTO, Emílio. **Estado de direito e interpretação**: por uma concepção jusrealista e antiformalista do estado de direito. tradução por Maria Carmela Juan Buonfiglio/GiusepeTosi. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA JÚNIOR, Cesar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**. Porto Alegre: Memória Jurídica, 2002.

STRECK, Luis Lenio. **Ciência política e teoria do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: IBDC, 1998.

VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do estado**. Tradução por Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e common law**. Porto Alegre: Fabris Editor, 2007.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.