



Centro Universitário de Brasília – UNICEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais – FAJS

CAETÊ BECK GUERRA MACHADO

**INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO
JUDICIAL: a sociedade aberta dos intérpretes como
fundamento de legitimação nas decisões do Supremo
Tribunal Federal**

Brasília

2013

CAETÊ BECK GUERRA MACHADO

**INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO
JUDICIAL: a sociedade aberta dos intérpretes como
fundamento de legitimação nas decisões do Supremo
Tribunal Federal**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do
curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário
de Brasília.
Orientador: Prof. André Gontijo

Brasília

2013

RESUMO

Pesquisa elaborada no território do direito constitucional, que teve como objeto a temática da participação da sociedade aberta dos intérpretes e a sua influência no âmbito do processo constitucional. Com auxílio da doutrina e da jurisprudência, e os métodos hermenêutico e dogmático, investigou-se, a partir de decisões importantes, a influência e a força que a participação de terceiros interessados possui na fundamentação do Supremo Tribunal Federal, num contexto de legitimação democrática das decisões da Corte. A ampliação do rol de legitimados que participam do processo constitucional aproximou o Supremo Tribunal Federal da sociedade. Não há mais barreiras impeditivas na resolução das controvérsias sociais e culturais, antes negadas às minorias fragilizadas pelo poder de uma soberana maioria. Com isso, a atitude do Colegiado em efetivar a vontade constitucional, protegendo direitos não estabelecidos pelo legislador, adotando uma postura mais humanista e ativista, alterando a Constituição e adaptando a realidade fática, através de instrumentos metodológicos e técnicos, torna legítima a decisão do Excelso Pretório dentro do contexto garantista do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Interpretação Constitucional. Jurisdição Constitucional. Sociedade Aberta dos Intérpretes. Decisão. Legitimação Democrática

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	5
2 A FORMAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO COMO PROCESSO PÚBLICO.....	8
2.1 A CONSTITUIÇÃO E A ESSÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO.....	8
2.1.1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.....	11
2.1.2 A INTERPRETAÇÃO PARA PRESERVAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.....	14
2.1.3 A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO.....	15
2.1.4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL AUTÔNOMA E OS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO.....	20
3 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	23
3.1 PREMISSAS METODOLÓGICAS DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	24
3.2 PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	25
3.3 INTERPRETAÇÃO CLÁSSICA.....	31
3.4 MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	32
3.5 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA.....	34
4 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	38
4.1 ATIVISMO: POR UM CONCEITO AMPLO.....	39
4.1.1 O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL NO CASO BRASILEIRO.....	41
4.2 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	45
4.3 GREVÉ DOS SERVIDORES PÚBLICOS – MANDADO DE INJUNÇÃO 708.....	47
4.4 UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA – ADPF 132.....	51
4.4.1 LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES.....	55
4.5 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES E CRÍTICA.....	57
5 CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe demonstrar que a participação da sociedade aberta e plural na interpretação da Constituição, somando-se ao ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, legitimou algumas decisões sob o enfoque do Estado Democrático de Direito. A soma dos fatores reais de poder de Ferdinand Lassalle, a necessidade de consolidar e concretizar a vontade de constituir, de Konrad Hesse, e a abertura da sociedade pluralista como legítima e verdadeira potência pública da interpretação tornaram as decisões da jurisdição constitucional democraticamente fundamentadas.

Constitucionalmente estipulado, o Supremo Tribunal Federal é obrigado a opinar por último, acima de todas as instituições do Estado. Questões políticas que antes eram decididas no âmbito do Poder Legislativo, agora são decididas judicialmente, hábito comum em quase toda integralidade de cortes constitucionais na Europa e América do Norte.

Com a crise de identidade instalada no Congresso Nacional devido às guerras políticas travadas nos últimos anos, a representação da sociedade tem ficado para trás. Tal crise gera no Congresso uma suposta omissão legislativa, o que remete para a jurisdição constitucional a solução judicial dos conflitos.

Na publicação de um artigo em jornal de grande circulação¹, o Presidente do Congresso Nacional manifestou-se sobre o desconforto institucional do poder legiferante, diante das práticas de outros Poderes que invade e ameaça a função primária do Congresso, a de legislar, tanto pelo Poder Executivo na edição descontrolada de medidas provisórias, quanto pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, revogando ou alterando leis que passaram pelo crivo constitucional e legal do processo legislativo, transpondo os limites jurisdicionais que lhe compete exercer.

¹ PARLAMENTO Independente. *Folha de São Paulo*, Seção “Tendências e Debates”, p. A-3, subscrito pelo Senador Garibaldi Alves Filho (PMDB-RN). Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz3108200808.htm>>. Acesso em: 09 set. 2011.

Devido à inoperância pendente do Congresso Nacional em legislar matérias obrigatórias de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal é provocado a pronunciar-se, adentrando, com ou sem a chancela constitucional, em assuntos que inicialmente a Constituição reservou apenas ao Legislativo.

Diante desses problemas, o STF, ao realizar a interpretação da norma, supostamente ultrapassa os limites constitucionais, absorvendo para si a tarefa de garantir direitos a quem os reclama. Essa suposta legitimidade democrática das decisões da Corte tem dividido a doutrina e jurisprudência, aumentando inconstitucionalmente seus limites e poder de decisão, causando desconforto nas demais instituições do Estado.

Abordaremos por consequência a interpretação constitucional e seus aspectos práticos, os métodos de interpretação e os princípios usados pelos juízos constitucionais, além de trazer ao baile o conceito de ativismo judicial e mutação constitucional, considerados segundo a doutrina, como “processos informais de alteração da Constituição”, ambos decorrentes da “judicialização” dos fenômenos cotidianos, culpa do atual arcabouço jurídico do sistema constitucional brasileiro.

Para auxiliar no desenvolvimento da ideia arrematada no presente trabalho, serão analisadas duas decisões, que embora criticadas, promoveram a adaptação do Direito perante o silêncio constitucional e a omissão do Congresso: a decisão pela aplicação análoga da Lei de greve do serviço privado à inexistente Lei de greve do serviço público, julgada no Mandado de Injunção n. 708 e a aplicação do regime jurídico da união estável heterossexual à união estável de pessoas do mesmo sexo, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132.

No decorrer da presente trabalho, a delimitação do ativismo judicial como tema constitucional e a legitimação constitucional dos poderes terá a relevância de diferenciar o momento da legislação e o da jurisdição, como a segurança jurídica e as virtuosas coerências – o respeito ao princípio do “*pacta sunt*

servanda” do momento da criação das normas – que o ativismo judicial, destituído de parâmetros objetivos o coloca em xeque.²

Alguns breves comentários serão desferidos sobre a jurisprudência dessa Corte, em especial as últimas decisões, que trouxeram evolução ao direito pátrio, assim como uma análise crítica à atuação judicial em matérias de direitos humanos e à interpretação do Judiciário³. Na contramão, a interpretação das escolas clássica e contemporânea, realizando uma breve análise dos métodos de interpretação no Direito e o uso da racionalidade na argumentação das decisões, além da crítica ao casos difíceis.

Ao fim, espera-se que a pesquisa desperte o necessário debate para que saibamos se há legitimidade democrática nas decisões do Supremo Tribunal Federal perante a função magnânima de guardar a Constituição de 1988, nesses tempos de juízes legisladores e intermináveis decisões de “conveniência e oportunidade políticas, ocultadas sob a forma de decisão judicial”⁴.

² BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría de Derecho*, org. Alfonso Ruiz Miguel, Valencia: Fernando Torres Ed., 1980, Formalismo Jurídico y Formalismo Ético, p. 105-117.

³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2.ed. Bras. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987. 364 p.

⁴ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.346.

2 A FORMAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO COMO PROCESSO PÚBLICO

O processo judicial constitucional assegura a participação da sociedade para expor suas opiniões e questões num espaço público e transparente. Sobre o assunto, Barroso, *in verbis*:

“[...] Com efeito, o processo judicial permite que os cidadãos e grupos sociais submetam questões e deduzam seus pontos de vista no espaço público. Em alguns casos – sobretudo quando se trate de segmentos não representados ou que sofram rejeição nos ambientes de decisão majoritária –, a judicialização acaba sendo o canal de discussão mais acessível. Adicionalmente, o dever de fundamentar as decisões faz com que o Judiciário estabeleça um diálogo direto e explícito com a sociedade, que deve ser baseado em argumentos colhidos na ordem jurídica e justificados racionalmente. Isso não garante aceitação universal e certamente não afasta o risco de equívocos e distorções, mas facilita o controle. Mais do que isso, a lógica da decisão judicial incorpora plenamente a premissa de que todo destinatário de uma decisão estatal tem o direito a ser informado das razões que lhe servem de fundamento e a questionar sua consistência, racionalidade e legitimidade. Isso não é pouco em um momento histórico marcado pelo triunfo da ideia de democracia e do discurso dos direitos fundamentais, ao menos na condição de dogmas teóricos”.⁵

O Judiciário deve ouvir a opinião pública, sem depender dela para proferir a decisão. Naturalmente que nem sempre a vontade majoritária seja a mais democrática ou a mais correta.

2.1 A Constituição e a essência da Constituição

Nunca foram tão debatidos na sociedade atual brasileira os problemas vivenciados pela Constituição. Qualquer indivíduo, quer seja ele um simples trabalhador, ou um doutorando de Economia, participa como formador de opinião da Constituição. Essa opinião, sobre esse ou àquele assunto, leva a uma discussão sobre a influência da realidade na vida das constituições.

⁵ BARROSO, Luis Roberto. MENDONÇA, Eduardo. *STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente*, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-03/retrospectiva-2011-stf-foi-permeavel-opiniao-publica-subserviente>>. Acesso em: 18 abr. 2012.

A Lei atua sobre todos os indivíduos, atingindo todas as camadas sociais, o que leva de alguma forma, mesmo que indiretamente, a que o indivíduo tenha alguma experiência jurídica dos fatos vivenciados por ele, acontecendo assim “uma compreensão do fenômeno jurídico por esses indivíduos”.⁶

Tal compreensão leva-nos a acreditar que o Direito é algo superior e que devemos seguir tais mandamentos. Entretanto, não é “tarefa fácil conceituar o que é Direito, qual é o alcance da norma, se há a aceitação ou não de norma por determinado grupo social e se tais ordens direcionadas aos membros da coletividade possuem legitimidade”.⁷

A essência do Direito apresenta três aspectos que deveriam ser levados em conta para a experiência jurídica: fato social, norma e valor da norma. Sob essa perspectiva, para compreender o Direito “é preciso que se tenha presente a eficácia de certas normas, formalizadas segundo regras preestabelecidas e legitimadas pela aderência a padrões de justiça ditados pela consciência social e histórica da humanidade”.⁸

Ou seja, o historicismo constitucional e a consciência social dos padrões de justiça devem estar alinhados com a realidade fática da sociedade, não propondo um ideal, mas colocando essa realidade na Constituição, limitando as possibilidades de força normativa constitucional. Mas a quem seria conferido tamanha responsabilidade em dizer a Constituição?

Ferdinand Vassale elaborou teoria constitucional que coloca as forças sociais como aqueles que dizem e formam uma Constituição – os chamados “fatores reais do poder” - o que na essência são os movimentos sociais.

⁶ Cf. MÁRTIRES COELHO, Inocência. *Fernando Lassalle, Konrad Hesse, Peter Häberle: a força normativa da constituição e os fatores reais de poder*. Artigo. **Revista Universitas/JUS**. Nº 6 jan/jun.2001. Brasília. p.27.

⁷ MÁRTIRES COELHO, Inocência. *Fernando Lassalle, Konrad Hesse, Peter Häberle: a força normativa da constituição e os fatores reais de poder*. **Revista Universitas/JUS**. Nº 6 jan/jun.2001. Brasília. p.27.

⁸ MÁRTIRES COELHO, Inocência. *Fernando Lassalle, Konrad Hesse, Peter Häberle: a força normativa da constituição e os fatores reais de poder*. **Revista Universitas/JUS**. Nº 6 jan/jun.2001. Brasília. p.27.

Por isso mesmo, devemos formular a seguinte pergunta: qual é a essência da Constituição? Ou o que é uma Constituição?

Alguns responderiam que “a Constituição é a lei fundamental proclamada pela nação, na qual se baseia a organização do direito público do país”.⁹ Mas a quem é legítimo? Qual é a força ativa que faz a Constituição ser o que ela é?

Lassale explicava que a força ativa que (in) forma todas as leis e instituições jurídicas vigentes de um Estado são os fatores reais do poder. Esses fatores são, em síntese, as classes sociais formadoras de opinião, poder organizado da sociedade, sendo estas partes integrantes de uma Constituição.¹⁰

Entretanto, as leis deveriam ser criadas de acordo com a realidade existente, contribuindo para um aprimoramento legislativo à realidade fática (realismo fático=realismo jurídico), do qual o constitucionalista Konrad Hesse se refere na importantíssima obra “A força normativa da Constituição”.

Lassalle dispunha que “existe outra Constituição, que rebaixa a jurídica ao status de folha de papel, e ela não é configurada por direitos, muito antes, ela é manifestação de poder, ou melhor, de fatores reais de poder”.¹¹

Na essência, a Constituição de um país seria formada pelas classes dominantes, de acordo com o poder dessas classes, em colocar suas vontades à frente da vontade de classes menos favorecidas.

Essa ideia acabou sendo “um divisor de águas no constitucionalismo moderno, pondo de um lado os adeptos do discurso de que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas questões de poder, a serem

⁹ Cf., LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2001, p. 17-18.

¹⁰ LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Editora Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2001, p.26-32.

¹¹ LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Editora Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2001, p. 17-18.

resolvidas na arena das lutas políticas”.¹² Do outro lado desse embate, havia também os que consideravam que “os fatos tem influência no Direito e que as constituições são instrumentos de racionalização e de disputas instrumentalizadas pelo Estado de Direito e pelo jogo democrático”¹³, ampliando e tornando complexas as disputas de poder.

2.1.1 A força normativa da Constituição

As ideias de Lassalle, de força social, parecem não cumprir bem a noção do jogo de interesses. Por isso, Konrad Hesse aperfeiçoou a teoria de Lassalle, para melhor entender o aspecto de justiça e os ideais à realidade social, propondo uma tensão entre Constituição Jurídica e Constituição Política.

Para Hesse, segundo as palavras de Mártires Coelho,

“a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se em sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo – o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva -, mas sua força normativa não deriva dessa adaptação a uma determinada realidade, antes se devendo a um fator de natureza espiritual e cultural, a que ele sugestivamente dá o nome de vontade de Constituição (Willezur Verfassun)”¹⁴.

A vontade de colocar a norma constitucional em sintonia com a realidade social depende não apenas das forças espontâneas, mas de um conjunto de ações que impeçam o arbítrio do Estado, devendo tais forças reproduzir uma norma que coincida com a realidade dos fatos, permeadas pela vontade humana,

¹² Cf. MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. *Fernando Lassalle, Konrad Hesse, Peter Häberle: a força normativa da constituição e os fatores reais de poder*. **Revista Universitas/JUS**. Nº 6 jan/jun.2001. Brasília, p. 30.

¹³ MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. *Fernando Lassalle, Konrad Hesse, Peter Häberle: a força normativa da constituição e os fatores reais de poder*. **Revista Universitas/JUS**. Nº 6 jan/jun.2001. Brasília, p.30.

¹⁴ Cf. MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. *Fernando Lassalle, Konrad Hesse, Peter Häberle: a força normativa da constituição e os fatores reais de poder*. **Revista Universitas/JUS**. Nº 6 jan/jun.2001. Brasília, p.32.

atribuindo assim, uma validade a essa vontade¹⁵, devendo esta não ser apenas “a folha de papel”, mas um documento formal e verdadeiro.

Gomes Canotilho entende que para tratar uma constituição como verdadeira não basta um documento, escrito e formalizado por procedimentos constitucionais, sendo necessário que o corpo desse documento respeite regras para evitar um despotismo ou absolutismo¹⁶.

Essas regras, impostas pelo corpo político devem também ser (in) formadas por “princípios materiais como o princípio da separação das poderes, poder constituinte e poder constituído, garantia de direitos e da liberdade, a presença de um governo representativo, e a existência de um controle político e/ou judicial do poder”¹⁷, que fiscalize e questione a violação das regras constitucionais, quando existirem¹⁸.

Uma constituição permeada de normas não é um conceito simples de ser, mas um conceito complexo de *dever-ser*¹⁹, sendo capaz de “servir as necessidades da justiça, fazendo projeções de pós-gnose e pró-gnose sobre uma ordem social ordenada equanimemente”.²⁰

¹⁵ MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. *Fernando Lassalle, Konrad Hesse, Peter Häberle: a força normativa da constituição e os fatores reais de poder*. **Revista Universitas/JUS**. Nº 6 jan/jun.2001. Brasília. p.33.

¹⁶ O poder deve respeitar as regras que ele mesmo impõe a todos: o conteúdo desse documento deve obedecer aos princípios fundamentais progressivamente revelados pelo constitucionalismo e possuir um conteúdo específico, capaz de formar um corpo de regras jurídicas, vinculadas a um determinado “corpo político”, que estabeleça limites mesmo ao poder soberano”(CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1130).

¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1130.

¹⁸ Nas palavras do constitucionalista Paulo Bonavides: “[...] a futura Constituição não deve ser o artefato de elites privilegiadas nem de uma classe política desmembrada da vontade popular”(BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 15).

¹⁹ Apud CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1130.

²⁰ ALMEIDA FILHO, Jorge Patrício de Medeiros. *A DECISÃO JUDICIAL NA TEORIA DOS DIREITOS DE RONALD DWORKIN: EM BUSCA DE UMA APROXIMAÇÃO DA IDÉIA DE JUSTIÇA E LEGITIMIDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO*. Rio de Janeiro: 2008. p. 77. Disponível em: <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=13486@1&msg=28#>. Acesso em: 09 abr. 2013.

Para que haja uma qualificação da constituição como normativa, essas regras devem primeiramente “transportar momentos axiológicos”²¹, de normas e princípios que limitem o poder político de transformação. Essas normas e princípios é que distinguem uma constituição normativa da constituição simplesmente escrita.

Hesse ainda afirma que a Constituição “*teria uma força própria, que ordena e motiva a ordem do Estado*”²², contrapondo-se a ideia de Lassalle, que colocava essas forças às classes mais fortes politicamente, não existindo nenhuma outra força que “despertasse” um movimento constitucional na sociedade.

Existiria então, uma força invisível, própria da Constituição, que a impulsionasse para concretizar a vontade constitucional? A resposta seria afirmativa para o constitucionalista normativo. Entretanto, essa força seria uma ficção, que seria criada pela suposição de que a vida do Estado é dominada pelo direito, não havendo outras forças determinantes para o movimento normativo de uma constituição.

“Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.”²³

A força normativa da Constituição, por si só, não lograria uma adaptação à determinada realidade, sendo necessário à transformação da Constituição chamada Jurídica, em força ativa, capaz de orientar a própria conduta segundo uma ordem pré-estabelecida.

Na conclusão de Hesse sobre Constituição Normativa, uma Constituição somente se concretizará em força ativa se a ordem constitucional tiver *vontade de constituir* (vontade de Constituição) e que essa seja a consciência geral

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1131.

²² Apud ALMEIDA FILHO, Jorge Patrício de Medeiros. *A DECISÃO JUDICIAL NA TEORIA DOS DIREITOS DE RONALD DWORKIN: EM BUSCA DE UMA APROXIMAÇÃO DA IDÉIA DE JUSTIÇA E LEGITIMIDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO*. Rio de Janeiro: 2008, p. 78. Disponível em: <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=13486@1&msg=28#>. Acesso em: 05 abr. 2013.

²³ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.18.

desse poder legitimado. Entretanto, havendo uma constitucionalização de “interesses momentâneos ou particulares” de grupos que não possuem a vontade geral de constituição, a Constituição Jurídica sofreria, de acordo com Hesse, uma “inevitável desvalorização da força normativa”, levando a sucessivas revisões constitucionais e a um enfraquecimento da Constituição.²⁴

Ou seja, a ordem constitucional deve impor limites que mantenham a força normativa da Constituição em perfeita sintonia com a realidade social, ou veríamos uma derrogação da própria Constituição pelos princípios que ela busca concretizar.

2.1.2 A Interpretação para preservação da força normativa da Constituição

Konrad Hesse sustenta que a interpretação da norma possui significado decisivo para consolidar e preservar a força normativa da Constituição. Ora, uma Constituição que seja sucessivamente revista e alterada perde sua força e respectivamente sua estabilidade e concretização. A solução encontrada pelo jusfilósofo seria interpretar a Constituição de forma a concretizar seu sentido, de forma excelente, adequando a situação real às proposições normativas. Alterações nas relações fáticas, diz Hesse, pode ou deve alterar a interpretação de uma dada norma. Entretanto, caberá ao intérprete observar os limites da referida interpretação, não ultrapassando os limites normativos dispostos. Hesse concluiu:

“A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito: Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a

²⁴ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22-23.

faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente”.²⁵

O problema de restringir a interpretação a um dado grupo causa a ruptura da situação jurídica, havendo a colisão de interesses entre Juízes e sociedade (tensão entre norma e realidade). A dinâmica da interpretação disposta por Hesse é quebrantada quando há uma interpretação (des) construtiva da norma constitucional, o que revela um problema procedimental quanto à interpretação da norma perante uma determinada realidade, devendo a Constituição tornar sua concretização como um processo público de conformação constitucional.²⁶

Dessa maneira, cabe trazer ao colendo trabalho a teoria do professor alemão Peter Häberle sobre a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

2.1.3 A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição

Após a Segunda Guerra Mundial, o direito constitucional evoluiu para um sentido mais humanístico, havendo indubitavelmente uma significativa alteração no pensamento constitucional contemporâneo.

Nesses tempos de notáveis conquistas nos Direitos Humanos, em 1975 o jurista alemão Peter Häberle publicou uma obra que contribuiria para uma concretização mais robusta da democracia perante o Estado.

Defendia o conceituadíssimo jurista a abertura do procedimento constitucional à sociedade plural e democrática para realização da Constituição,

²⁵ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 23.

²⁶ A obra mais conhecida de Peter Häberle, *“Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição”* serviu de lição ao constitucionalismo moderno porque pluralizou a teoria constitucional e sua interpretação, direcionada a uma quantidade maior de indivíduos, contribuindo para a abertura do processo de constitucionalização, chegando-se a um veredito consensual único sobre uma norma constitucional (entendimento nosso).

contrariando a ideia de interpretação somente restrita aos órgãos do Estado, assentando Häberle que todo aquele que vive a Constituição é seu intérprete.²⁷

Até então, a interpretação dos juízes deveria ser a única levada em consideração para conformação da Constituição, vinculada a uma ideia de sociedade fechada de intérpretes, pois apenas esses seres, tomados de notável saber jurídico é que detinham a legitimidade e a competência para “dizer o Direito”. Entretanto, essa forma de dizer o *ser* e o *dever-ser* não deveria ser apenas a única adotada, devendo-se abrir essa interpretação também aos cidadãos, grupos de interesse, órgãos estatais, sistema público e a opinião pública, pois segundo Häberle, esse grupos constituiriam “forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como co-intérpretes do complexo normativo constitucional”²⁸. Seu âmbito de investigação resultaria reduzido se a interpretação constitucional estivesse concentrada apenas aos juízes e aos formalismos processuais.

O processo de interpretar a norma, colocando-a em conformidade com a realidade constitucional é um dos objetivos de qualquer Constituição. Mas para isso, deve-se indagar quem deverá participar e quem serão os agentes conformadores dessa realidade, sem que necessariamente a definição desses agentes torne infinita a interpretação da norma, levando a uma série de interpretações. Nesse sentido, Häberle defende uma ampliação do rol de agentes que conformam a realidade²⁹, realizando a vontade da Constituição, transformando o

²⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p.15.

²⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 9.

²⁹ Nesse sentido, J.J. Gomes Canotilho conceitua a realização da constituição “*significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer Constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através de sua realização. Essa realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na atividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nessa tarefa realizadora, participam ainda todos os cidadãos ‘pluralismo de intérpretes’ que fundamentam na constituição, de forma directa e imediata, os seus direitos e deveres*”(CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.1200).

processo, antes fechado e corporativista, num processo público de interpretação constitucional.³⁰

Ora, a atividade de interpretar a Constituição não deveria se restringir apenas e diretamente ao Estado: a atividade de dizer a norma, em último recurso, é atividade estatal por excelência. Entretanto, deve-se condensar a interpretação a outras entidades interessadas na causa, o que enriqueceria o debate da interpretação da norma.

Conforme leciona Canotilho, “interpretar uma norma constitucional consiste a atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada”.³¹

Essa tarefa, ampla e complexa, é necessária para desenvolvimento da investigação pelos sujeitos ativos da interpretação, que configura um desenvolvimento da atividade interpretativa.

Para realização dessa atividade, deve-se levar em conta uma participação de todas as potências públicas e cidadãos, que segundo Häberle, representam forças produtivas de interpretação. Ele afirma veemente que “[...] eles são intérpretes em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes”.³² Nesse sentido, poderá se pensar numa democratização da interpretação constitucional, que garantiria a teoria democrática como balizadora da abertura constitucional da interpretação.³³

³⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p.12-13.

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.1200.

³² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p.14.

³³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p.14.

Propõe Almeida Filho que a pretensão de Häberle seria “justamente levar a sério uma compreensão da interpretação constitucional que seja um tanto quanto mais adequada à possibilidade de autodeterminação moral e auto realização ética dos indivíduos no marco de um Estado Democrático de Direito”.³⁴

Ora, levando em consideração uma investigação sobre quais sujeitos devem participar da sociedade aberta de intérpretes, somos remetidos aos princípios republicanos existentes nas constituições democráticas, vinculando a práxis constitucional a um sentido sociológico da ciência da experiência³⁵, o que torna a participação ativa de diversos indivíduos fora do órgãos oficiais de decisão um legítimo “participante” no procedimento de interpretação. A participação desses indivíduos contribui para o aperfeiçoamento da ciência do direito, influenciando o juiz na interpretação da norma, desempenhando, segundo Häberle, uma função “*auxiliar de informação ou mediação*”³⁶.

Sendo assim, torna-se relevante uma ampliação dos sujeitos que podem realizar a atividade interpretativa, institucionalizando, mesmo que indiretamente no processo interpretativo, a participação da sociedade aberta de intérpretes a que Häberle se refere.

No que diz Häberle sobre a interpretação no processo constitucional, defende ele que “a esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política. O cidadão que formula um recurso constitucional é intérprete da Constituição tal como um partido político [...]”³⁷.

³⁴ ALMEIDA FILHO, Jorge Patrício de Medeiros. *A DECISÃO JUDICIAL NA TEORIA DOS DIREITOS DE RONALD DWORKIN: EM BUSCA DE UMA APROXIMAÇÃO DA IDÉIA DE JUSTIÇA E LEGITIMIDADE NA APLICAÇÃO DO DIREITO*. Rio de Janeiro: 2008. p. 84. Disponível em: <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=13486@1&msg=28#>. Acesso em: 22 abr. 2013.

³⁵ Apud., HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.19.

³⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 20.

³⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 23.

Dentre os indivíduos enumerados por Häberle que fazem a interpretação da Constituição, cabe a ressalva do nobre jurista sobre o vínculo entre política e interpretação constitucional:

“O muitas vezes referido processo político, que, quase sempre, é apresentado como subespécie de processo livre em face da interpretação constitucional, representa, *constitucione lata* e de fato, um elemento importante – mais importante do que se supõe geralmente – da interpretação constitucional (política como interpretação constitucional). Esse processo político não é eliminado da Constituição, configurando antes um elemento vital ou central no mais puro sentido da palavra: ele deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo”.³⁸

Segundo Häberle, esse movimento dos legisladores traz inovações e mudanças na ordem constitucional, contribuindo para o fortalecimento e formação do material constitucional, servindo de impulsos que fazem parte da interpretação constitucional.³⁹ Ou seja, o legislador, como participante ativo do Estado na edição de leis, criam realidades públicas que alteram essa própria realidade sem que haja uma percepção direta.⁴⁰

Entretanto, o poder de conformação do legislador é qualitativamente diferente do poder de conformação do julgador constitucional, pois o legislador possui qualidade constitucional de representação, enquanto o juiz constitucional, qualidade técnica.⁴¹

A interpretação constitucional quando efetuada pela jurisdição constitucional é quem dinamiza a atividade de interpretar a Constituição. Contudo,

³⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 26.

³⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 26.

⁴⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 26.

⁴¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 26.

assenta Häberle que o julgador participante da demanda constitucional não deve ser o único “maestro” dessa ópera, apesar de influenciar o ritmo da peça musical.⁴²

Devido ao poder e influência que essa jurisdição adquiriu no âmbito do Estado⁴³, a atividade interpretativa pela jurisdição passou a chamar a atenção da ciência do Direito Constitucional, perturbando as academias, juristas e cientistas sociais para um estudo mais aprofundado da legitimidade do poder jurisdicional nessa “orquestração” da Constituição.

2.1.4 Jurisdição constitucional autônoma e os limites da interpretação

O Supremo Tribunal Federal é o órgão do Estado responsável pela última análise constitucional, tendo por função ser o “guardião” da Magna Carta.⁴⁴ Isso significa que o legislador originário atribuiu poderes (limitados ou não) de interpretação a um determinado tribunal, o que ocorreu também nos países que adotaram o sistema constitucional de controle de normas.

No Brasil, o legislador constituinte estipulou que esse órgão, além de intérprete da norma e “controlador” concreto e abstrato das normas infraconstitucionais, detém o poder de “interferir”, quando provocado, inclusive, nos procedimentos próprios e legitimados a outros Poderes, como no processo legislativo do Congresso Nacional e nos atos administrativos do Poder Executivo.

⁴² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 28.

⁴³ A adoção de um modelo de Estado intervencionista, a expansão do controle abstrato de normas, a presença de um neoconstitucionalismo, dos dilemas institucionais do constitucionalismo brasileiro, a problemática da atividade normativa pelo STF, além da súmula vinculante e do mandado de injunção provocou a ascensão da jurisdição constitucional no Brasil, desequilibrando os Poderes do Estado e projetando o Poder Judiciário a supremacia estatal, elevando a Corte a um protagonismo jurídico. Para melhor entender o que aqui foi colocado, v. **RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 268-304. Ver também: **SILVA, Edvaldo Fernandes da. Há excesso de jurisdição no Brasil? Núcleo de Estudo e Pesquisa do Senado Federal**, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242988>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

⁴⁴ A função de “guardar” a Constituição, segundo Häberle é tarefa de todos os órgãos e da sociedade, não sendo correto a indicação de um e, apenas um órgão que proceda nessa complexa função(Cf. Häberle, Peter. *El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p.120).

Mas cabe aqui um questionamento: e os atos do Poder Judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal? Há algum órgão, acima do Excelso Pretório que fiscalize essa atividade da jurisdição constitucional? E como garantir a efetividade da força normativa da Constituição perante decisões que, por arbítrio de um tribunal constitucional, viola os limites pré-estabelecidos constitucionalmente?

Devido a esses e outros questionamentos, Peter Häberle assentou que é possível um controle das decisões de um tribunal constitucional mediante um trabalho conjunto de diversos grupos, desde a opinião pública ao próprio Parlamento.⁴⁵

Entretanto, o sistema constitucional brasileiro não dispõe de “mecanismos de controle” da jurisdição constitucional, evidenciando a concentração de poder nas mãos do Supremo Tribunal Federal.

A teoria proposta por Häberle estabelece uma jurisdição constitucional como autônoma quando presentes alguns elementos no seu contexto jurisdicional.⁴⁶ Considerado presentes tais elementos, o Tribunal Constitucional é o “tipo ideal de jurisdição constitucional autônoma”.⁴⁷

Enumera Häberle para que uma jurisdição constitucional seja considerada *autônoma*, há que se levar em conta alguns elementos, entre os quais: a) que a jurisdição constitucional possua a qualidade de um *órgão constitucional*, onde a jurisprudência desse tribunal deve ser soberana, seguida e respeitada por outros órgãos e tribunais nacionais; b) que haja uma *legitimação democrática* na eleição dos membros do tribunal, que no Brasil se dá pela “aprovação” do Senado Federal à escolha do Presidente da República para ocupação das vagas, através de audiência pública, em votação secreta pelo Plenário do Senado Federal; c) que haja

⁴⁵ Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p.129.

⁴⁶ Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p.120.

⁴⁷ Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p.120.

a *publicidade* das decisões para uma análise crítica da ciência constitucional e da opinião científica, de modo a estabelecer uma relação publicidade/Constituição no processo constitucional; d) a presença forte de uma *atividade jurisprudencial racional* para uma legítima revisão e adaptação da jurisprudência do tribunal constitucional, criando e aperfeiçoando regras processuais próprias (quando não existentes), utilizando também os métodos de interpretação constitucional para concretização do Estado de Direito; e) que se faça presente uma *atribuição mínima de competências e funções* para que não haja uma ampliação político-jurídica no procedimento constitucional; f) a presença de um rol de *funções específicas* como a garantia da evolução jurisprudencial do tribunal constitucional perante acordos e convenções internacionais na área dos Direitos Humanos, a proteção da Democracia e do Estado de Direito no controles concretos e abstratos de constitucionalidade, garantia do equilíbrio de funções dos poderes do Estado a fim de evitar a violação ao princípio da separação dos poderes, a garantia do pluralismo e proteção das minorias, e respeito às Cortes Internacionais e ao Direito Internacional como forma de inserção pacífica do Estado Constitucional nacional; g) e por fim, uma atualização prudente da Constituição.⁴⁸

Dessa forma, devemos considerar o Supremo Tribunal Federal um tribunal de *jurisdição constitucional autônoma*, pois segundo o contexto atual e preponderante que esse Tribunal tem alcançado, tais características estão inseridas nas decisões da Corte.

Mas, para aprimorar a atualização constitucional e a pluralização que Häberle defende, dentro do contexto jurisdicional brasileiro, devemos adotar uma comparação jurídica mais forte entre os diferentes Estados Constitucionais, em especial os da Europa, aproximando o “Tribunal Constitucional Federal” brasileiro da “comunidade constitucional em formação”.⁴⁹

⁴⁸ Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p.120-126.

⁴⁹ Cf. Häberle, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005, p.139.

3 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

“Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo, diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não os detém o monopólio da interpretação da Constituição”.

Peter Häberle

Nos trabalhos preparatórios para a elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Assembleia Nacional Constituinte, convocada pela Emenda Constitucional nº 26, de 1985⁵⁰, produziu vasto material que serviu de auxílio para redigir, dentre outros aspectos, os Princípios Fundamentais, os Direitos e Garantias Fundamentais, a Organização do Estado, e a Organização dos Poderes⁵¹.

Após a devida promulgação pela Constituinte, ficaram definido no artigo 92 da Carta Magna os órgãos que compõem o Poder Judiciário, dentre eles, o Supremo Tribunal Federal. Assim definido, o artigo 102 da Carta estabeleceu a guarda da Constituição àquele Excelso Pretor, como última instância e palavra sobre a ordem constitucional.

Para realizar a interpretação e guarda da Constituição, a doutrina constitucional estabeleceu critérios para auxiliar o intérprete nessa árdua e complicada missão, sendo necessária a apresentação de métodos, princípios e fundamentos que balizassem a argumentação dessas interpretações pela jurisdição constitucional, a fim de evitar decisões arbitrárias e sem fundamento.⁵²

⁵⁰ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em: 22 abr. 2012.

⁵¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 abr. 2012.

⁵² Serviram para elucidar a interpretação constitucional o mestre Luís Roberto Barroso no livro “Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora”, Sérgio Nojiri na obra “A Interpretação Judicial do Direito”, Tércio Sampaio Ferraz Júnior na obra “Ciência do Direito” e Carlos Maximiliano na obra “Hermenêutica e aplicação do Direito”.

3.1 Premissas metodológicas da interpretação constitucional

As palavras podem ser interpretadas de maneiras distintas, dependendo da leitura, do contexto em que a palavra está inserida e de diversas outras circunstâncias alheias ao intérprete dessa palavra. Da mesma forma, interpretar a Lei sem as premissas básicas causaria confusão e obscuridade ao julgador. Por isso, é que foram desenvolvidas, ao longo da existência do Direito, teorias que contribuíram para coadjuvar no estudo da interpretação da Lei.

Os juristas engajados nesses estudos elaboraram duas teorias que serviram de base para a “cientificação” da interpretação: uma crê que a interpretação deve restringir-se a buscar, nas palavras da lei, a vontade expressa do legislador, enquanto que a segunda, cada vez com mais adeptos, defende a tese de que é o intérprete quem deve atribuir o sentido à lei, a partir de dados retirados do contexto no qual está inserida a norma, ou seja, objetivamente. Tércio Sampaio Ferraz Junior classifica a primeira de subjetivista, já que o que prepondera é o pensamento do legislador; já na segunda, é denominada por ele de objetivista, por procurar um sentido para a lei em fatores objetivos.⁵³

Carlos Maximiliano, constitucionalista brasileiro, explicava que para interpretar o direito era “necessário descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva e logo depois, o respectivo alcance e sua extensão”.⁵⁴

Ainda, segundo Maximiliano, “interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo que na mesma se contém”.⁵⁵

⁵³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 16.

⁵⁴ Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 1.

⁵⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 9.

Nojiri considera que o desenvolvimento da moderna ciência do direito iniciou-se por volta do séc. XIX por ocasião da promulgação do Código de Napoleão e textos normativos elaborados em códigos.⁵⁶

Ainda, os textos provenientes do direito romano, apesar de sua enorme influência para o Direito Contemporâneo, não devem ser considerados científicos, pois os romanos nunca levaram a sério a questão de saber se a sua atividade era uma “ciência ou uma arte”.⁵⁷

3.2 Princípios de interpretação constitucional

Luis Roberto Barroso classifica os princípios de interpretação constitucional como princípios essencialmente instrumentais, utilizados de modo a socorrer o intérprete no processo de solução dos conflitos.⁵⁸

Entretanto, não há menção expressa na Constituição Federal desses princípios, mas a doutrina e jurisprudência pacificaram a abordagem de tais princípios como os mais adequados para realizar a interpretação constitucional. São eles:

- a) princípio da supremacia da Constituição;
- b) princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos do Poder Público;
- c) princípio da interpretação conforme a Constituição;
- d) princípio da unidade da Constituição;
- e) princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade;
- f) princípio da efetividade.

Pelo **princípio da supremacia da Constituição** entende-se que as normas infraconstitucionais, atos jurídicos e demais atos do Poder Público devem ser compatíveis com a ordem da Lei Fundamental, devendo o intérprete anular ou

⁵⁶ NOJIRI, Sergio. A Interpretação Judicial do Direito. Revista dos Tribunais, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.31.

⁵⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Ciência do Direito. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 18-19.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 298-299.

declarar a nulidade de tais incongruências, exercendo assim, o devido controle de constitucionalidade.⁵⁹

No Brasil, o controle de constitucionalidade é percorrido de duas formas: pela via incidental, “pela qual a inconstitucionalidade de uma norma pode ser suscitada em qualquer processo judicial, perante qualquer juízo ou tribunal, cabendo ao órgão judicial deixar de aplicar a norma indigitada ao caso concreto, se considerar fundada a arguição”⁶⁰; e pela via principal, “pela qual algumas pessoas, órgãos ou entidades, consoantes do artigo 103 da Constituição, podem propor uma ação direta perante o Supremo, na qual se discutirá a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, em tese, de determinada lei ou ato normativo”.⁶¹

Já o **princípio de presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos** implica na presunção de validade dos atos do poder público. Tal princípio decorre do princípio da separação dos poderes e funciona como fator de autolimitação do Judiciário, onde a inconstitucionalidade deve ser declarada se manifesta e flagrante⁶², não havendo possibilidade de presumir-se inconstitucional nenhum ato emanado do Estado.⁶³

Entretanto, a doutrina e jurisprudência brasileiras tem abordado o princípio em questão com mais cautela, no que diz respeito à possibilidade de qualquer um dos Três Poderes não aplicar uma lei por entendê-la inconstitucional.

O **princípio da interpretação conforme a Constituição** supõe que quando houver diversas interpretações da norma em senda, deverá ser realizada a interpretação que melhor se adegue a Lei Fundamental.⁶⁴ Barroso vacina que deve o

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7.ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p.165.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 300.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 300.

⁶² RTJ, 66: 631, 1973, Rep. n. 881-MG, rel. Min. Djaci Falcão.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 301.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 302.

intérprete escolher aquela interpretação que melhor realize a vontade, os fins e valores constitucionais.⁶⁵

Significa dizer que quando o intérprete deparar-se com essas formas de interpretação de dispositivos, o deverá “utilizar aquela que não se contravenha com a Constituição, de forma a restringir ou estender o significado daquela norma à Carta”.⁶⁶

No interessante e contributivo trabalho do nobre jurista Marcos Paulo Veríssimo, percebe-se que o ativismo judicial é fruto de uma judicialização da vida política nacional.⁶⁷

Casos como o aborto de fetos anencefálicos, instalação de CPIs e fidelidade partidária, envolveram teses que tentavam modificar a interpretação que a Carta promulgada aborda sobre o direito à vida, ou do direito de investigação de parlamentares acerca de fatos eivados de suspeitas na administração pública, ou ainda, se o parlamentar é detentor do cargo ao qual foi eleito ou se o cargo público de agente político pertence ao partido, entre outros.

Foi o caso do voto do ministro-relator Eros Grau na ADPF 153⁶⁸, acompanhado por outros 6(seis) ministros da Corte, no qual foi negado pedido da Ordem dos Advogados do Brasil para revisão da Lei da Anistia.

Tal comportamento da Corte levou a OEA (Organização dos Estados Americanos) a denunciar o Brasil na Corte Interamericana, o que mostra uma

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 302.

⁶⁶ Apud BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7.ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 194.

⁶⁷ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Rev. Direito GV*, vol.4, n.2., São Paulo jul./dez. 2008. Disponível para consulta no endereço: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22 abr. 2012.

⁶⁸ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>>. Acesso em: 25 abr. 2012.

violação a teoria dos elementos de jurisdição constitucional autônoma de Peter Häberle.

A jurisprudência da Corte Interamericana determina que “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados”.⁶⁹

Fica claro o recado dado ao Supremo Tribunal Federal sobre o não provimento da ADPF 153, assim como o desrespeito aos Tribunais Internacionais sobre Convenções e Acordos Internacionais no qual o Congresso Nacional já ratificou e o STF continua a não reconhecer.

Entretanto, confiar apenas na “soberania” das decisões do STF, como afirmam os ministros, não legitima esta decisão. Na Argentina, em cumprimento a decisão da OEA, torturadores e criminosos políticos estão sendo julgados e condenados, exemplo que deveria ser seguido no direito pátrio, mas que devido a forças políticas, não está em execução.

Existem inúmeros casos e decisões que a Corte tem votado contra disposições estritamente constitucionais, e exemplos não faltam. Não deveriam os ministros seguir a expressa vontade da Constituição e promover a interpretação que o legislador buscou?

Analisando esses casos, chegamos à conclusão que há uma nova tendência não apenas nacional, mas mundial do poder Judiciário em solucionar questões não pela técnica, mas pela política, ou pelas suas vontades e anseios.

⁶⁹ Disponível para consulta em: <http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=7>. Acesso em: 26 abr. 2013.

Assim sendo, não será legítima a interpretação que adentrar na seara ou cometer excessos que seriam do poder legiferante, o que de certo restaria tal interpretação adentrando na competência privativa do Poder Legislativo, o que ensejaria na violação do princípio da separação dos poderes se o intérprete alterar o significado da norma em face à Constituição.

Encontrar o significado da norma e colocá-la em harmonia com a *Lex Fundamentalis* seria o objetivo máximo do referido princípio. Nesse sentido cabe trazer a tenda o entendimento de Gilmar Mendes, in verbis: “a oportunidade para interpretação conforme a Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição”.⁷⁰

Para o estudo ora em questão, tal princípio é muito comumente usado em diversas decisões⁷¹, não só no Supremo Tribunal Federal, mas também nos tribunais estaduais, que alegam, entre outros, o princípio como motivo para interpretar a norma dando outro significado e interpretação à vontade do legislador, e desta forma - inequívoca e levemente - viola a competência e legitimidade do legislador, perpetrando a insegurança jurídica e promovendo o “desequilíbrio jurídico nacional”.

Dando seguimento ao estudo em questão, pelo **princípio da unidade da Constituição** determina-se que o intérprete deva harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas constitucionais como um sistema único e indivisível. Konrad Hesse, na obra “La interpretación constitucional, in Escritos de Derecho Constitucional”, afirma categoricamente: “todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras

⁷⁰ Cf, MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 222.

⁷¹ Aqui me refiro aos casos Cesare Battisti, validade da Lei Ficha-Limpa, revisão da Lei da Anistia, o uso de algemas, aborto de feto anencefálico, liberação de pesquisas de células tronco, fidelidade partidária, nepotismo, “caso mensalão”, Sistema de cotas, demarcação das terras Raposa Serra do Sol. Disponível em: <<http://resistenciaiprotestante.blogspot.com/2011/06/10-decisoes-polemicas-do-stf.html>>. Acesso em: 17 ago. 2011. Ainda, para uma leitura científica sobre as decisões do STF, ler: VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF*. Revista Direito GV. 2009. Disponível em: <<http://producao.usp.br/handle/BDPI/6120>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

normas constitucionais. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontre em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais”.⁷²

Por sua vez, o **princípio da razoabilidade e da proporcionalidade**, princípio este de origem dos constitucionalistas anglo-saxões, e modernamente, presente no direito constitucional norte-americano, dispõe que o intérprete relacione a norma com ponderação, equidade e senso de justiça, quando haja colisão de princípios constitucionais ou pretensões adversas.⁷³ Ensina o nobre jurista Luis Roberto Barroso:

“o princípio da razoabilidade é um mecanismo de discricionariedade legislativa e administrativa, que permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha”.⁷⁴

Em suma, o intérprete deve “balancear” a norma de forma que esta se ajuste na definição do caso concreto, buscando o “equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos”.⁷⁵ Vincula-se assim, aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, e na concessão de medidas cautelares que assegurem a proteção aos direitos chamados perenes.

Por fim, o **princípio da efetividade** tem como seu escopo atribuir maior eficácia na interpretação das normas constitucionais. “Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para o qual foi gerado”.⁷⁶

⁷² Apud, BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7.ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203.

⁷³ Emendas presentes na Carta “*Bill of Rights*”, e algumas outras constituições dos estados norte-americanos.

⁷⁴ Cf BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 252.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 254.

Qual seria a lógica jurídica em editar leis que não tivessem força normativa para cumprir seus ditames com maior efetividade? A norma seria uma “lei morta”, revogada judicial ou legislativamente, sendo “jogada” num porão obscuro e incerto? Optemos pela interpretação constitucional da norma, havendo assim uma maior eficácia na atividade da jurisdição constitucional.

3.3 Interpretação clássica

A escola da exegese deu início aos estudos da interpretação, que teve como principal característica a técnica de interpretação e exacerbado positivismo legalista, que entendia que a interpretação confundia-se com a exegese literal dos textos jurídicos.

Segundo essa corrente, a finalidade do jurista é o de desvendar o significado da lei, seguindo um método declaratório. Era função do jurista “explicar as palavras do legislador, revelar sua ressonância, subordinando-se a seus ditames, como tradução do querer comum, conforme tendência doutrinária”.⁷⁷

Hans Kelsen, importante filósofo jurídico, aprofundou a proposição entre sistema normativo estático e sistema normativo dinâmico. O primeiro caracteriza-se por demonstrar a validade do ordenamento jurídico, enquanto o segundo, a criação do direito por um poder competente para tal.⁷⁸

A interpretação de uma lei não deve necessariamente “conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que têm igual valor”.⁷⁹

⁷⁷ Cf., REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 417.

⁷⁸ Nesse sentido: NOJIRI, Sergio. *A Interpretação Judicial do Direito*. Revista dos Tribunais, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.72-73.

⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390-391.

O sistema de normas jurídicas de Kelsen foi considerado do tipo dinâmico não porque elas próprias possuem força de obrigação, mas porque foram criadas por uma autoridade (Poder Legislativo) que segundo uma Constituição tem a competência para editá-las (criação do direito), afirmando categoricamente: “uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso”.⁸⁰

Seguindo nessa linha de pensamento, Kelsen rompeu com a escola tradicional de exegese, por entender que a produção de normas de hierarquia inferior desencadearia nas normas de hierarquia superior, competência para inovar na ordem jurídica, ou seja, seria conferido ao intérprete modular as decisões e ajustá-la, de acordo com o *case*.

Ora, não há instrumento lógico que revele qual conteúdo uma norma tem que possuir, mediante meros atos de vontade, mas sim a vontade político-jurídica que cerceia a criação da norma. Nos mesmos moldes, Bobbio alegava que a “interpretação da lei deveria ser fundada na intenção e vontade do legislador, compreendida como manifestação escrita do Estado”.⁸¹

3.4 Métodos clássicos de interpretação constitucional

Cumprido ao intérprete da norma elaborar significados que melhor se adaptem a decisão e ao texto normativo. Não basta apenas justificar seus votos através de um método de interpretação, mas buscando a melhor solução, mais justa e adequada ao caso concreto buscando a racionalidade correta. Para isso, foi elaborada na Escola Histórica do Direito de Savigny, métodos que auxiliassem o intérprete na formulação do direito, distinguindo os métodos gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

⁸⁰ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. Trad., Luís Carlos Borges. Brasília, Martins Fontes/Ed. Universidade de Brasília, 1990, p.118.

⁸¹ BOBBIO, Norberto. O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p.87.

Já ensinava Celso Ribeiro Bastos que a interpretação gramatical “será sempre ponto de referência para a interpretação, sendo este o momento inicial do processo interpretativo”.⁸²

Ocorre a simples interpretação gramatical ou literal da norma no art. 101 da Constituição brasileira, que dispõe acerca do número de Ministros da Corte Suprema; o artigo 153, I, que dispõe sobre a competência da União para instituir imposto de importação e a norma que prevê a idade mínima de 35(trinta e cinco) anos para o cidadão se candidatar a Presidente da República.⁸³

Por interpretação histórica entende-se como “a busca do sentido da lei através de precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e do elemento histórico formador da norma” que resultariam nos fatores de elaboração da norma.⁸⁴

O método sistemático por sua vez, procura dar uma interpretação da norma dentro de um sistema normativo como um todo, dentro de determinado contexto. Desta maneira, deve-se interpretar a Constituição e as leis infraconstitucionais como um sistema uno e indivisível.⁸⁵

Chama-se **teleológico** o método pelo qual o intérprete busca a integração da norma, seu espírito e finalidade. “Procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito”.⁸⁶ Esse método é sem sombra de dúvida o método mais preponderante na interpretação constitucional.

Entretanto, tais métodos não são suficientes para resolução de todas as demandas e necessidades no direito, ensejando o estudo de novos métodos de

⁸² BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3.ed., São Paulo: Celso Bastos editora, 2002.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.292.

⁸⁴ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7.ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p.136.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7.ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p.139.

⁸⁶ Apud BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7.ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p.143.

interpretação constitucional. Já advertia Savigny que tais elementos não constituem classes de interpretação, entre as quais se possam optar segundo o gosto ou capricho, mas quatro operações distintas, cuja integração é indispensável para o êxito da interpretação.⁸⁷

3.5 Interpretação constitucional contemporânea

São dois os inconvenientes na concepção subjetivista de interpretação: falar da vontade do legislador é recorrer a uma ficção. Não se vive mais em épocas monárquicas em que a vontade de um era a vontade de todos; atualmente, a vontade do legislador decorre de uma pluralidade de interesses de sujeitos diversos, que participam do processo de criação do direito; o outro inconveniente é que na interpretação subjetiva está enraizada uma vontade pretérita, dificultando o ajustamento do sistema normativo ao presente, impedindo assim a evolução do direito.⁸⁸

No tocante a interpretação da lei, há várias formas de solução para determinados casos. Para Kelsen não, devendo o aplicador buscar diferentes interpretações da norma, almejando apenas uma solução. Com este pressuposto, Kelsen distanciou-se da escola de exegese, denominada por ele mesmo de “jurisprudência tradicional”, e acreditava que a interpretação de uma lei corresponde a “desvendar o espírito da norma”, aplicando uma única solução correta.⁸⁹

A interpretação feita pelo órgão aplicador do direito é chamada de *interpretação autêntica*, diferente da *científica*, pois esta última é puramente cognoscitiva (que tem a faculdade de conhecer). Logo, Kelsen definia que a decisão judicial é pura criação do direito, pois o ato criador do direito é determinado pela ordem jurídica, com imediata aplicação do direito.

⁸⁷ Apud COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 62.

⁸⁸ NOJIRI, Sergio. *A Interpretação Judicial do Direito*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 124.

⁸⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390-391.

A teoria pura do direito de Kelsen serviu para demonstrar o abandono da ideia de uma interpretação literal que a escola de exegese adotava, pois Kelsen afirmava que nenhum método jurídico pode estabelecer a “verdadeira” ou “correta” interpretação legal, sugerindo que tal interpretação não passava de um mito. O ideal proposto pela escola exegética sofreu ataques de diversas correntes doutrinárias, o que acabou por enterrar parcialmente essa teoria.

A velha escola da exegese cedeu lugar ao sistema histórico-evolutivo, pois alguns mestres da Hermenêutica aceitaram a modernização da teoria. Outros mestres tentavam conciliar o passado com o presente, admitindo a exegese progressiva sobre o método da dogmática: observava-se não apenas o que o legislador quis, mas o que ele também quererá, se vivesse no meio atual e contemporâneo. Competia à exegese inovadora “fecundar a letra da lei na sua imobilidade, de maneira que se torne esta a expressão real da vida do Direito”.⁹⁰

A dogmática jurídica tradicional alocou princípios que serviriam para limitar a atuação do intérprete com o auxílio das leis infraconstitucionais e das normas hierarquicamente superiores. Porém, a nova interpretação constitucional superou tal pensamento porque nem sempre as normas tinham um sentido único ou uma forma concreta de resolução, cabendo ao intérprete a atividade de “revelar o conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização”.⁹¹

A teoria originalista, inicialmente estudada nos Estados Unidos, sustenta que a vontade ou a intenção dos constituintes é a que deve determinar a interpretação da Constituição. Segundo esta teoria, a Constituição já vem definida pela historicidade das decisões políticas, não cabendo ao poder julgador construir ou criar direitos não previstos naquela Carta. Nesse sentido, há uma famosa decisão, caso *Roe vs. Wade*, 410 US 113(1973), na qual foi decidido que o aborto é constitucional. Tal decisão baseou-se no caráter subjetivo e preceito moral dos

⁹⁰ Apud MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 47.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7.ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 348.

juízes, carecendo de sustentação constitucional, pois não foram abordados temas como Direitos Humanos e direito à vida.

Em suma, a interpretação e aplicação da Constituição há de se reger única e exclusivamente pela vontade inicial do legislador; quando os juízes ignoram a *original intent*, estariam impondo suas próprias convicções à nação, usurpando o poder que o povo conferiu aos *framers* (constitucionalistas).⁹²

O caso *Roe vs. Wade* foi considerado uma inovação no sistema constitucional norte-americano, pois garantiu a mulher os direitos à privacidade e ao feto direito à vida, relacionando o critério na capacidade de respirar e o grau de desenvolvimento dos pulmões do feto.

Assim como a Corte Suprema dos E.U.A inovou no sistema de criação de normas constitucionais, no Brasil também há inúmeros casos de criação judicial. Um deles é o julgamento do HC 73.662-9, de relatoria do Min. Marco Aurélio, em que se absolveu o réu que fora condenado em instâncias inferiores por presunção de estupro de uma garota de 12(doze) anos, no qual o réu mantinha relações sexuais com a vítima.

Na decisão, o ilustre Ministro fundamentou seu voto no argumento que a vítima foi categórica ao afirmar que os atos sexuais foram consentidos e que não houve ameaça ou coação pelo réu.

Assim, pode-se notar que houve criação judicial, em sentido forte pelo STF, visto que os artigos 213 e 224 do Código Penal considera que há presunção absoluta de violência contra menores de 12 anos, independente do consentimento. Outro bom exemplo de criação judicial forte esta presente no julgamento da medida cautelar ADC 4-6-DF⁹³.

⁹² NOJIRI, Sergio. *A Interpretação Judicial do Direito*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005, p. 170.

⁹³ O objeto da ação é a constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº. 9.494/97, que disciplina a aplicação da tutela antecipada pelos juízes contra a Fazenda Pública.

A dicotomia direito/política traz problemas aos mais diversos filósofos e cientistas do direito. A separação desses dois conceitos é uma daquelas questões sem resposta definitiva, pois não há como desvencilhar a política do direito e vice-versa.

Carlos Santiago Nino acredita que o direito é um fenômeno essencialmente político, que tem relações intrínsecas com a prática política, propondo uma teoria segundo qual o desenvolvimento do direito vigente seria concebido como uma obra coletiva, tendo como partícipes os constituintes, os legisladores, juízes e administradores.⁹⁴

⁹⁴ GODOY, Miguel Gualano de. *A Democracia Deliberativa como Guia para a tomada de Decisões Legítimas - Análise teórica a partir de Carlos Santiago Nino e algumas práticas institucionais no Brasil contemporâneo*. Scielo Colombia, Medellín, Vol. 8, janeiro - junho 2011. N° 14, pp. 63-91, mai. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/cohe/v8n14/v8n14a03.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2013.

4 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL NA APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal tem notadamente abrigado e defendido direitos e garantias fundamentais nas recentes decisões do tribunal. Logo, a jurisdição constitucional tem adaptado a Constituição à realidade fática de Lassale, representada pelos fatores reais de poder, reformando e atualizando conforme as situações e as pretensões dos pedidos formulados.

Os mecanismos de abertura do processo constitucional atingiram uma pluralidade maior de sujeitos, permitindo que a Corte Constitucional admita a intervenção de terceiros interessados, que possam auxiliar o “guardião constitucional” a decidir o conflito posto.⁹⁵

Após os devidos procedimentos, o Tribunal recorre aos métodos de interpretação, fundamentando suas decisões conforme princípios, regras e convicções, observados os limites que a Constituição propõe.

Contudo, haveria um desequilíbrio de poderes se a um dado poder, mais especificamente o Judiciário, fosse dado a legislar com o pretexto de interpretar a norma constitucional, sendo, de certa maneira, inconcebível essa espécie de ativismo judicial.⁹⁶

Para analisar essa suposta violação da jurisdição constitucional, abordaremos o conceito de ativismo judicial para melhor elucidação do caso da “união homo afetiva de indivíduos”, a ADPF 132, ajuizada pela Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro.

Tema muito polêmico, a união entre pessoas do mesmo sexo, na plataforma jurídica da união estável, tem tomado boa parte das discussões

⁹⁵ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista Direito Público-IDP n. 29, Brasília, Jul/Ago. 2009, p.73.

⁹⁶ Cf. MÁRTIRES COELHO, Inocêncio. Interpretação Constitucional. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997, p. 68.

acadêmicas e doutrinárias. Isso porque indiscutivelmente a união homossexual ainda é um “tabu” em várias partes do mundo.

A abstenção do Congresso Nacional em legislar sobre os direitos dos homossexuais, que é minoria na atual democracia, fez com que a jurisdição constitucional tomasse para si essa tarefa, interpretando princípios conforme a Constituição, para aplicar a natureza da união estável também para as uniões homoafetivas. Contudo, o procedimento constitucional de interpretação da Constituição e o novo significado de “família” que o Supremo Tribunal Federal adotou para decidir o caso é passível de questionamentos, porque supostamente viola a legitimidade apenas do Congresso Nacional em dizer o que é família.

Feito essa introdução sobre o caso em aresto, passamos a conceituar o ativismo judicial, perfilando também, o fenômeno da “judicialização”, que possui relação direta com o atual cenário que vivenciamos.

4.1 Ativismo judicial – por um conceito amplo

O fenômeno do ativismo judicial⁹⁷ iniciou-se quando o jornalista e historiador Arthur Schlesinger publicou um artigo sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, onde foi analisada a atuação desse Tribunal durante um período de profundas revoluções políticas nos Estados Unidos.⁹⁸

Em razão da reação dos conservadores contra a guinada nos direitos civis e políticos à época, a expressão *ativismo judicial* assumiu “conotação negativa, devido aos resultados considerados impróprios das decisões do poder judicial, posto que a sociedade civil americana almejasse uma necessária mudança nos paradigmas culturais”.⁹⁹

⁹⁷ A expressão surgiu na reportagem sobre a Suprema Corte norte-americana, do jornalista americano Arthur M. Schlesinger, no período do New Deal, em 1947. Disponível em: <http://constitution.org/lrev/kmiec/judicial_activism.htm>. Acesso em: 26 abr.2011.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*/Luís Roberto Barroso – 5. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 363.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*/Luís Roberto Barroso – 5. ed. rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 364.

Através desse comportamento conservador da Corte americana, verificou-se uma postura mais ativa e presente do Tribunal, ocupando espaços omitidos pelo poder legislativo. Essa atitude acabou por espalhar-se pelo mundo, adquirindo o ativismo judicial alcance mundial nos sistemas jurisdicionais constitucionais ocidentais.¹⁰⁰

Nesse sentido, com a presença do Poder Judiciário nos ditames da vida para resolução dos conflitos ocorre o fenômeno chamado de “judicialização”.

Marcos Paulo Veríssimo percebe que o ativismo judicial é fruto de uma judicialização da vida política nacional.¹⁰¹ E de maneira mais completa, Barroso explica que a judicialização “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”.¹⁰²

Casos como o aborto de fetos anencefálicos, instalação de CPIs e fidelidade partidária envolveram teses que tentavam modificar a interpretação que a Carta promulgada aborda sobre o direito a vida, ou do direito de investigação de parlamentares acerca de fatos eivados de suspeitas na administração pública, ou ainda, se o parlamentar é detentor do cargo ao qual foi eleito ou se o cargo público de agente político pertence ao partido, entre outros, o que tornou a “judicialização” um fato inequívoco¹⁰³.

¹⁰⁰ HANONES, Renata Fernandes. *Ativismo Judicial*. Universidade de Brasília-UnB. Brasília, 2012, p. 43. Disponível em: <http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/3992/1/2012_RenataFernandesHanones.pdf>. Acesso em: 09 maio 2013.

¹⁰¹ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira"*. Rev. Direito GV, vol.4, no.2., São Paulo jul./dez. 2008. Disponível para consulta no endereço: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 09 maio 2013.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. 2010. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/artigo-constituicao-democracia-supremacia-judicial.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2013, p. 6.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. 2010. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/artigo-constituicao-democracia-supremacia-judicial.pdf>>. Acesso em: 10 mai. 2013, p. 11.

Após explicitar a origem do ativismo judicial e elaborar um conceito amplo, passemos agora ao conceito mais específico de ativismo judicial.

4.1.1 O conceito de ativismo judicial no caso brasileiro

Barroso situa algumas hipóteses mais específicas de ativismo por parte do Tribunal Constitucional. Entre elas: a) aplicação direta da Constituição a situações não expressas no texto, sem levar em conta a opinião do legislador ordinário, como na decisão da “fidelidade partidária” e da vedação do nepotismo; b) declaração de inconstitucionalidade de atos normativos do legislador, baseados em critérios menos rígidos de violação da Constituição, como nas decisões sobre a verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) imposição imperativa de condutas ou abstenção ao Poder Público, tanto na suposta omissão do legislador – no precedente sobre greve no serviço público – como na promoção de políticas públicas nos direitos à saúde.¹⁰⁴ Tais hipóteses, segundo BARROSO, afastam os tribunais da função típica de aplicar a norma, realizando a “criação judicial do direito”.¹⁰⁵

Robert Juul entende que “o ativismo judicial ocorre quando o judiciário ultrapassa a linha que separa as esferas judicial e legislativa”. E “que nos Estados Unidos a Constituição investe apenas o Congresso na função de poder legislativo. Entretanto, a Corte Suprema continua a exercer poder legislativo por meio do uso de ficções e evasões”¹⁰⁶. É o que temos observado no Supremo Tribunal Federal. Detalha Barroso que “a ideia do ativismo judicial esta associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. 2010. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/artigo-constituicao-democracia-supremacia-judicial.pdf>>. Acesso em: 11 mai. 2013, p. 10-11.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. 2010. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/artigo-constituicao-democracia-supremacia-judicial.pdf>>. Acesso em: 11 mai. 2013, p. 11.

¹⁰⁶ JULL, Robert. *Some Reflections on Judicial Activism*. Library of Congress, USA, 2000, p. 70/71. Apud Cf. SOARES, José de Ribamar Barreiros. *Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Brasília, 2010, p. 118-145 (entendimento nosso na leitura da conclusão). Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 maio 2013.

constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.¹⁰⁷

O ativismo judicial seria uma “atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.¹⁰⁸ Tal posição ativa do Tribunal se dá pelo “amesquinamento” e retração do Poder Legislativo, que se distanciou da sociedade civil.¹⁰⁹ A omissão legislativa é outra circunstância que guia o tribunal constitucional ao ativismo, invadindo competência que não é sua.

Renata Hanones considera que uma corte ativista “seria a que ultrapassa os limites impostos pelo texto normativo, dando sua própria eleição de meios e fins ao tratamento de temas relevantes”.¹¹⁰ Ou seja, um tribunal é considerado ativista quando aplica a norma conforme suas próprias convicções aos limites de decidir, ignorando a doutrina e os precedentes, assim como o devido respeito à Constituição.

Nessa suposta “invasão” de um poder pelo outro, ocorrendo a “assimilação” de competências constitucionais pré-estabelecidas, resta-se configurado o abuso, assumindo essa decisão, um “caráter ativista”. Ou seja, nessa omissão, o órgão máximo do Judiciário provoca o Congresso, para que este último manifeste-se e tome as necessárias providências. Até que o ponto omissivo seja sanado, o STF age como poder legiferante, exorbitando sua competência, ocorrendo assim, o fenômeno chamado de ativismo judicial.

¹⁰⁷ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*/Luís Roberto Barroso – 5.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 365.

¹⁰⁸ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*/Luís Roberto Barroso – 5.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 366.

¹⁰⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*/Luís Roberto Barroso – 5.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 366.

¹¹⁰ HANONES, Renata Fernandes. *Ativismo Judicial*. Universidade de Brasília-UnB. Brasília, 2012, p. 43. Disponível em: <http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/3992/1/2012_RenataFernandesHanones.pdf>. Acesso em: 11 maio 2013.

De forma a restringir o significado usado aqui para o “ativismo judicial”, Thamy Progrebinschi, assevera que é ativista a decisão quando o tribunal “(a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; (b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; e (c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade”.¹¹¹ Para que ocorra o ativismo na referida tese, deve ser preenchido apenas um desses critérios para que o juiz seja considerado ativista. Ocorrendo a negação de tais critérios, não há que se falar em ativismo pelo julgador, sendo este não ativista. A autora ainda prossegue afirmando que “o ativismo judicial implica em tomada de posição política, definindo-se o juiz como agente político”.¹¹²

Apesar do crescente número de ações que desembocam no Supremo, o ativismo judicial não é fruto da proeminência por pronunciamento judicial quanto a questões políticas, segundo afirma Barreiros Soares.¹¹³ Essa busca recorrente ao Supremo para solução dos problemas da vida política brasileira pode ser a causa da atuação “ativista” do Supremo Tribunal Federal.

Caberia assim ao Supremo, desvendar a interpretação da norma constitucional. Entretanto, tal condicionamento não decorre apenas da vontade política e sim ao sistema constitucional que foi adotado.¹¹⁴

¹¹¹ POGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo*. Revista Direito, Estado e Sociedade. In SOARES, José de Ribamar Barreiros. *Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Brasília, 2010, p. 9. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 maio 2013.

¹¹² POGREBINSCHI, Thamy. *Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo*. Revista Direito, Estado e Sociedade. In SOARES, José de Ribamar Barreiros. *Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Brasília, 2010, p. 9. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 maio 2013.

¹¹³ Cf. SOARES, José de Ribamar Barreiros. *Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política*. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Brasília, 2010, p. 118-145 (entendimento nosso na leitura da conclusão). Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 maio 2013.

¹¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. *RDE. Revista de Direito do Estado*, v. 13, 2009, p. 17-29. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Disponível também em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2013.

Assim, as decisões da Corte não são a intenção ou definição dos seus interesses, mas sim o agir nos limites impostos pelo legislador constitucional. Tais fatos ocorrem no mundo todo, como fenômeno da judicialização das questões constitucionais¹¹⁵.

O perigo de conferir tamanho poder aos órgãos jurisdicionais é a análise e pertinência do caso em aresto, podendo resultar numa redução, ampliação ou revogação da norma ora questionada. Segundo Kelsen,

“Isto significa que o tribunal recebe poder ou competência para produzir, para o caso que tem perante si, uma norma jurídica individual cujo conteúdo não é de nenhum modo predeterminado por uma norma geral de direito material criada por via legislativa ou consuetudinária. Neste caso, o tribunal não aplica tal norma geral, mas a norma jurídica que confere ao tribunal poder para esta criação *ex novo* de direito material. Costuma-se dizer que o tribunal tem competência para exercer a função de legislador. Isto não é completamente exato quando por legislação se entende a criação de normas jurídicas gerais. Com efeito, o tribunal recebe competência para criar apenas uma norma individual, válida unicamente para o caso que tem diante de si”¹¹⁶.

Entretanto, o ativismo nem sempre tem viés negativo, porque atualiza a Constituição à realidade social exigida. Elival da Silva Ramos assevera que o ativismo é uma ferramenta jurídica elogiável

“por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao passivismo, que guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados”¹¹⁷.

Ainda assim, analisar os parâmetros usados nas decisões para corrigir eventuais excessos do poder jurisdicional torna-se extremamente complexa, visto que eivada de aspectos intrínsecos, o que dificultaria uma análise mais profunda do mérito das decisões.

¹¹⁵ O legislador norte-americano optou por designar a Suprema Corte como árbitro das questões constitucionais.

¹¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2.ed. Bras. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 261-262.

¹¹⁷ Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 110.

Muitos doutrinadores ainda confundem o ativismo com a mutação constitucional. Embora semelhantes, possuem conceitos diferenciados. O ativismo, no meu entendimento, mediante método científico jurídico é ação fundamentada com postura pró-ativa do intérprete, alegando a omissão do Estado em legislar sobre direitos ou em aplicar suas funções típicas constitucionalmente estabelecidas, alargando o sentido e alcance da norma constitucional, mesmo cautelarmente, violando, inconstitucionalmente, a vontade original *ipsis litteris* do Constituinte, em concertos circunstanciais e provocando o que chamamos de processo informal de mudança da Constituição.

Como veremos a seguir, o conceito de mutação não é complexo, porém contido no sentido de ativismo, contendo algumas devidas peculiaridades contextuais.

4.2 Mutação constitucional

Na Constituição brasileira a alteração pode vir de emenda constitucional. Mas nos últimos anos, o Congresso Nacional, “pressionado” pelo suposto poder de investigação do Supremo, absteve-se de alterar a Constituição, deixando de produzir norma constitucional que reduzisse, através do Poder Constituinte, os poderes outorgados ao Supremo, através de Leis infraconstitucionais, a exemplo da Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais Superiores, além da Emenda Constitucional nº 45, que reformou e concedeu poderes, no meu entendimento, inconstitucionais ao Supremo Tribunal Federal.

Tem-se assim, o entendimento de que a mutação constitucional é “a alteração ou a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto”.¹¹⁸

¹¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 124.

A mutação constitucional permite uma nova comunicação da norma com a realidade dos novos tempos, permitindo uma adaptação objetiva. Mas essa capacidade não poderá “desvirtuar o espírito da Constituição” ¹¹⁹.

Há duas formas de alteração: pela via formal, que se manifesta por reforma constitucional, prevista na própria Constituição, e pela via informal pela denominada “mutação constitucional”.

No procedimento formal de alteração da norma constitucional, o legislador precisa respeitar os critérios de alteração determinados na Carta, para que não ocorram arbitrariedades não desejadas pela sociedade. Deve-se manter o ordenamento jurídico intocável, pois se não o fosse, incidiria numa revolução constitucional¹²⁰, o que, sem sombra de dúvida, traria debates e discussões intermináveis na comunidade jurídica, gerando uma desarmonia entre sociedade e legislador.

Já no procedimento informal, feita por órgãos públicos ligados ao Estado e pelos órgãos jurisdicionais, tema correlato ao que é debatido neste trabalho, tal alteração pode ocorrer desenfreadamente, ocasionando a inconstitucionalidade de tal ato pelo poder jurisdicional, ocorrendo assim, uma usurpação do poder e uma conseqüente ação revolucionária pelo Estado.¹²¹

Entretanto, como dito anteriormente, o legislador conferiu ao Supremo Tribunal Federal poder de “mutação” da Constituição. Com o intuito de regular ideologicamente a interpretação constitucional, a doutrina adotou critérios e limites para a alteração da Carta.

Dois limites precisam ser observados para ocorrer a mutação constitucional: a) as possibilidades e sentidos possíveis do texto que está sendo

¹¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 124.

¹²⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

¹²¹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.129.

interpretado; e b) a preservação dos princípios que norteiam a Constituição.¹²² Existindo sentido novo que não se adaptar ao texto, convocar-se-á o poder constituinte reformador, e no segundo caso, o poder constituinte originário para corrigir tais deformidades, numa nova Assembleia Constituinte.

Luis Roberto Barroso ensina que a mutação constitucional possui limites e estes sendo ultrapassados restará violado o poder constituinte e a soberania popular.¹²³

4.3 Greve dos servidores públicos – MANDADO DE INJUNÇÃO 708

No julgamento do Mandado de Injunção 708, que teve como Relator o Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal demonstrou “uma mudança de ideologia sobre a greve no serviço público”¹²⁴. Anteriormente, a Corte havia decidido que ao Congresso Nacional compete legislar sobre o direito de greve no serviço público, sendo vedada a greve de servidores até que tal lacuna fosse preenchida, eximindo-se o tribunal de decidir o caso. Com o pretexto de que ao sistema jurídico não caberia tal lacuna, o Supremo determinou a aplicação da lei de greve da iniciativa privada às greves do serviço público, ampliando os efeitos da decisão erga omnes, não apenas às partes envolvidas na lide.

Nessa decisão, a Corte optou por agir ativamente e “legislar”, liminarmente, de forma monocrática, provocando o Congresso Nacional a suprir tais lacunas. Eis a ementa:

“MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE,

¹²² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

¹²⁴ HANONES, Renata Fernandes. *Ativismo Judicial*. Universidade de Brasília-UnB. Brasília, 2012, p. 55. Disponível em: <http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/3992/1/2012_RenataFernandesHanones.pdf>. Acesso em: 10 maio 2013.

NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS n°7.701/1988 E 7.783/1989”.¹²⁵

Visto a omissão legislativa sobre o direito de greve no âmbito do funcionalismo público, o Supremo Tribunal Federal decidiu por conceder o mandado, para tornar viável o direito de greve, em situação excepcional, enquanto o Congresso não supre tal lacuna. Com isso, nota-se uma inovação na jurisprudência da Corte. O Ministro Gilmar Mendes assentou no voto:

“No julgamento do MI n° 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia *erga omnes*, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador” (MI 708 DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes. DJE 31/10/2008 - ATA N° 35/2008 - DJE n° 206, divulgado em 30/10/2008).¹²⁶

Nesse sentido, o art. 5º, XXXV da Carta Magna dispõe que “a Lei não excluirá da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Ora, o Judiciário, não negará apreciação de ações constitucionais àqueles que o provocam, mediante apresentação de ações assecuratórias que protejam direitos no *writ*. O Relator Ministro Gilmar Mendes explicitou a necessidade do Supremo Tribunal Federal em

¹²⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>>. Acesso em: 26 abr. 2013.

¹²⁶ Disponível para consulta em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2232963>> Acesso em: 13 maio 2013.

apreciar essa conduta supostamente omissiva do Poder Legislativo, para garantir os direitos constitucionais reconhecidos no art. 5º, XXXV. A corrente argumentativa da decisão foi a seguinte:

“Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções “normativas” para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI nº 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 14.11.1991; MI nº 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, *DJ* 26.6.1992; MI nº 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* 24.5.2002; MI nº 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 17.12.2002; e MI nº 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 20.6.2003.”¹²⁷

Ou seja, a “garantia de proteção judicial efetiva não pode ser negligenciada, na vivência democrática de um Estado de Direito” ¹²⁸. Negando a apreciação da medida, resultaria numa inconstitucionalidade pelo Tribunal, ventilado na decisão pela jurisprudência do STF.

A mora legislativa em regulamentar tal matéria “autorizou” o Supremo a buscar uma alternativa dentro do sistema normativo brasileiro, mas não deixou de ser um ativismo por parte da Corte em legislar, adaptando a regra da Lei de greve do serviço privado ao público. Mesmo porque, o Ministro Carlos Britto bem lembrou em seu voto na decisão que “o fato é que o Judiciário não pode ser demitido do seu papel. O judiciário não pode trabalhar no plano do *non liquet*, ele tem que liquidar, que solver, que resolver a demanda que lhe é entregue”.¹²⁹

¹²⁷ MI 708/DF, voto do Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 13 maio 2013.

¹²⁸ MI 708/DF, voto do Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 13 maio 2013.

¹²⁹ Voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 4. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 13 maio 2013.

O brilhante voto do Ministro Celso de Mello abordou questões mais sociais e constitucionais - tema relacionado no início desse trabalho - como a natureza jurídica do mandado de injunção no âmbito do Tribunal, além do sensível tema da greve dos servidores públicos. Assentou também que o mandado de injunção “deve traduzir significativa reação jurisdicional, fundada e autorizada pelo texto da Carta Política”, sendo esse o instrumento jurisdicional o específico para “impedir o desprestígio” da Constituição perante a omissão legislativa do Congresso Nacional.

Nesse caminho, o art. 102, *caput* da Constituição dispõe que o Supremo Tribunal Federal será o “guardião” da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Estaria assim, o Tribunal adotando o pensamento de HESSE na concretização da força normativa da Constituição como realização dos Direitos Fundamentais?

O Ministro Carlos Ayres Britto no seu brilhante e perfilado voto lembrou que o Supremo Tribunal Federal deve ser o aplicador da Constituição, fazendo valer a vontade de constituir perante o espírito constitucional dos direitos fundamentais da Carta de 1988.

Analisando os votos proferidos, o voto de Ministro Ricardo Lewandowski e do Ministro Joaquim Barbosa parecem perfilar-se melhor com o espírito da Constituição, em restringir os efeitos inter partes da decisão, além de declarar a mora da omissão legislativa e da estipulação de regras para o exercício constitucional de greve no serviço público.

Dessa maneira, cabe concluir que o a referida decisão ocorreu em ativismo, pois não havia norma que regulasse o direito de greve no serviço público, e mais: o Supremo Tribunal Federal “legislou”, adaptando a Lei que rege a greve no âmbito privado ao servidor público civil, desvirtuando o espírito da Constituição, sem observar as regras pertinentes e limitacionais elencadas na Constituição. Legislou porque aplicou uma Lei, apesar de já existente no ordenamento vigente, mas deu novo entendimento, pacificando a decisão. Assim, viu-se o servidor público civil novamente refém do Estado, porque agora, aplicando-se o regime de greve do âmbito privado ao público, a remuneração do servidor continuará estagnada, sem correções, e pior, abaixo do índice inflacionário.

Logo, cabe nesse contexto, a seguinte indagação: o Supremo Tribunal Federal rompeu os limites constitucionais e legais das normas legislativas alterando a Constituição, pelo ativismo judicial? Parte da doutrina majoritária diz que não, pois o Tribunal estaria agindo dentro dos limites impostos pelo legislador constitucional. Contudo o que preocupa a comunidade jurídica é o subjetivismo em algumas decisões de alguns ministros da Corte, que por interesses diversos daqueles que a sociedade almeja, interpreta, altera e decide quando acha prudente, sem ao menos ouvir a sociedade.¹³⁰

4.4 União estável homo afetiva – ADPF 132

Na ação proposta pelo Governador do Rio de Janeiro, foi requerida a aplicação do regime jurídico da união estável às uniões homo afetivas, em decorrência direta dos preceitos fundamentais – liberdade, igualdade, dignidade e segurança jurídica – e pela aplicação analógica do art. 1723 do Código Civil, sendo esse dispositivo interpretado conforme a Constituição.¹³¹

¹³⁰ Tais fatos podem ser analisados na tese de José de Ribamar Barreiros Soares para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) – UERJ. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 mar. 2012.

¹³¹ Pedido principal da petição inicial da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>>. Acesso em: 08 maio 2013.

A Procuradoria requereu também, em pedido liminar a declaração de validade de todos os atos administrativos que equipararam as uniões homo afetivas às uniões estáveis, além da suspensão dos processos em andamento e os efeitos das decisões judiciais que se pronunciaram em sentido contrário.¹³²

A ADPF então passou a tramitar em conjunto com a ADI 4277¹³³, querelada pela Procuradoria Geral da República, por conter, segundo o Ministro relator, coincidência de objetos, quais sejam, a interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil de 2002, ampliando *erga omnes* o efeito da decisão. Devemos também, citar a presença de inúmeras associações e “amigos da Corte”, que auxiliaram no processo constitucional, expondo suas opiniões e argumentos, medidas na qual, devido à relevância da matéria e a representatividade dos peticionantes, foram deferidas pelo Ministro-relator. O Min. Ayres Britto ainda assentou a proibição da discriminação na orientação sexual, fundamentando na cláusula pétrea da autonomia da vontade do indivíduo, relacionando a liberdade sexual com a dignidade da pessoa humana:

“PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da

¹³² Pedido subsidiário da petição inicial da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>>. Acesso em: 08 maio 2013.

¹³³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4277&processo=4277>>. Acesso em: 14 maio 2013.

vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.”¹³⁴

O Ministro-relator Carlos Ayres Britto lembrou bem que segundo os princípios dispostos na Constituição, ela deve promover o bem-estar de todos independente de sua preferência sexual (liberdade), sem discriminação, sendo um objeto da República, ressaltando que o Estado deveria promover políticas afirmativas em defesa das minorias, aplicando a natureza do regime de união estável heteroafetiva também às uniões homo afetivas¹³⁵, interpretando conforme, o art. 1723 do Código Civil, concretizando a vontade e força da Constituição para com a sociedade pluralista e heterogênea de liberdades.

“INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme a Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.¹³⁶

Coube também ao Min. Relator Carlos Ayres Britto eleger a “felicidade” como princípio da dignidade da pessoa humana na concretização dos direitos fundamentais da Carta, alegando que não há dispositivo legal ou norma constitucional que vede a união estável homo afetiva entre pessoas. Votou também no sentido da aplicabilidade do conceito de “família” às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, para excluir leituras preconceituosas desse tipo de família, conforme ementa *in verbis*:

“DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar

¹³⁴ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 14 maio 2013.

¹³⁵ Voto Min. Carlos Ayres Britto, ADPF 132. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 14 maio 2013.

¹³⁶ Voto Min. Carlos Ayres Britto, ADPF 132. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 14 maio 2013.

Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homo afetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto aplicabilidade da Constituição”.¹³⁷

O Min. Ricardo Lewandowski, em importante e prudente voto, alertou os membros do Tribunal que fosse descartado a mutação constitucional ou interpretação extensiva ao dispositivo para alterar o sentido constitucional de união estável, sendo vencido nesse ponto. Vencido, pois o Tribunal praticou a mutação constitucional, dando novo sentido jurídico à união estável, equiparando à união homo afetiva, alterando assim, o sentido e o alcance da norma em conflito.

Mas o objetivo maior está numa discussão em torno do pluralismo existente na realidade fática da Constituição e a concretização da vontade constitucional, pois o casamento e união estável de pessoas do mesmo sexo já é fato nas comunidades jurídicas¹³⁸ ao redor do globo. Isso porque no procedimento constitucional, dezenas de entidades de classe e terceiros interessados puderam participar na formulação da interpretação do Tribunal, superando o entendimento de que apenas o homem e mulher pudessem contrair matrimônio ou união estável para constituir família.

De modo a encaixar os fatores reais de poder à força normativa da Constituição, o Min. Celso de Mello iniciou seu voto fundamentando que a presença dos *amicus curiae* e sociedade civil no processo “pluralizou” o debate constitucional da controvérsia, permitindo e efetivando a legitimidade democrática da decisão do Supremo Tribunal Federal, frente ao controle concentrado de constitucionalidade. Ocorreu aí, o ativismo judicial puro, pois o Tribunal foi além do que a Procuradoria Geral da República e o Governador do Rio de Janeiro reclamavam.

¹³⁷ Voto Min. Carlos Ayres Britto, ADPF 132. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 14 maio 2013.

¹³⁸ Luis Roberto Barroso analisa a união estável no Direito Comparado no artigo intitulado de “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”, p. 8-11. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/casos-homoafetivas-diferentes-iguais.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2013.

Contudo, será mesmo que essa participação pluralista no debate da controvérsia constitucional de direitos fundamentais atingiu a legitimidade democrática na decisão do Tribunal?

4.4.1 Legitimação democrática como fundamento das decisões

A abertura da interpretação constitucional a uma heterogênea gama de indivíduos aproximou o Tribunal constitucional da democracia. Não restam dúvidas. Contudo, a participação de terceiros interessados no conflito não garante a efetividade da decisão no plano democrático. Ou seja, não transforma, por si só, a decisão do Supremo Tribunal Federal como uma decisão democrática. Diferencia-se, portanto, da legitimação democrática que o Poder Legislativo detém para com sua função típica de legislador, pelo seguimento do princípio da maioria e de soberania do povo.¹³⁹

O desenvolvimento da democracia numa sociedade aberta de intérpretes da Constituição depende da adoção de procedimentos que “refinem” a participação popular como mediação no “processo público e pluralista”, para realização dos Direitos Fundamentais.¹⁴⁰

A vontade soberana da maioria não pode aqui ser confundida pelo ideário de garantia dos direitos fundamentais, no qual o STF é “guardião” e defensor num estado democrático de direito. Algumas decisões são inclusive contra majoritárias, porque o Tribunal, constitucionalmente estipulado, é quase que imperativamente obrigado a dar guarida aos direitos fundamentais de uma minoria, que busca na jurisdição constitucional a resolução do conflito, sob pena de ser negado o acesso à justiça, princípio esse que a Carta Política defende.

¹³⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.36.

¹⁴⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.36.

O significado de “povo” nesse contexto pode ser tanto a vontade de uma maioria, explicitada nas eleições, como na interpretação de uma norma no processo constitucional, pela representatividade de grupos interessados na controvérsia.¹⁴¹ HÄBERLE considera o cidadão parte integrante na democracia liberal, sendo este também intérprete da Constituição, razão pela qual há certa legitimidade na decisão do Tribunal Constitucional.¹⁴² Nesse contexto:

“[...] os ideários democrático e constitucional devem, para otimização do paradigma do Estado Democrático Constitucional de Direito, manter um equilíbrio, evitando-se que a balança penda em demasia para um lado ou para o outro. Nesse desiderato, surge a importância e o papel protagonista que assume a justiça constitucional”.¹⁴³

Notemos aí que essa postura ativa de um Judiciário num estado democrático de direito serve tanto na defesa da imposição de uma maioria como no respaldo defensivo de uma minoria “esmagada”. Enquanto a vontade da maioria se dá no âmbito legislativo pela imposição da norma constitucional, a jurisdição constitucional “contraí para si” a defesa de uma minoria contra a imposição (in) constitucional de uma maioria soberana, numa contextualização de defesa de direitos fundamentais, assumindo assim o Poder Judiciário, “papel destacado”. Tal assertiva levou STEIN a concluir que “esse papel destacado não é livre de problemas. Pelo contrário. Com a necessidade/possibilidade de um ativismo maior por parte do Poder Judiciário, mormente por meio dos tribunais constitucionais, vem à tona o problema da legitimidade desse poder/órgão e os limites dessa atividade”.¹⁴⁴

A questão de legitimidade ou legitimação democrática da Corte constitucional foi tema debatido a exaustão nas Cortes europeias e na Corte

¹⁴¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p.37.

¹⁴² HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 37.

¹⁴³ STEIN, Leandro Konzen. *A legitimidade e a legitimação da jurisdição constitucional no estado democrático de direito: entre a democracia e os direitos fundamentais*. Porto Alegre, 2010, p. 4. Disponível em: <<http://www.dartagnan.adv.br/10.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2013.

¹⁴⁴ STEIN, Leandro Konzen. *A legitimidade e a legitimação da jurisdição constitucional no estado democrático de direito: entre a democracia e os direitos fundamentais*. Porto Alegre, 2010, p. 5. Disponível em: <<http://www.dartagnan.adv.br/10.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2013.

Suprema dos Estados Unidos.¹⁴⁵ No caso brasileiro, não houve um debate ideológico ou filosófico acerca dessa legitimação, o que dificulta na elaboração de uma fórmula ou equação que responda a essa indagação.

Uma discussão sobre a legitimidade nas decisões da jurisdição constitucional no Brasil é complexa, visto que o Supremo Tribunal Federal é detentor da “última palavra”, no qual foi constitucionalmente posto pelo constituinte originário. Logo, a legitimação da jurisdição constitucional é justificada pela conformação dos princípios constitucionais e pela obrigação de fundamentar, sistema esse presente na Constituição brasileira, renovando e adaptando, a cada nova decisão, a legitimação constitucional imposta ao Supremo Tribunal Federal.

Com esse enorme poder constitucional em conformar e realizar os princípios da Constituição, desejamos ao menos que os juízes constitucionais saibam conduzir esse “concerto fundamental”, aprimorando e destacando o papel de “guardar” a Constituição.

4.5 Fundamento das decisões e crítica

A interpretação jurídica, mas especificamente a constitucional, lida com a complexidade de casos apresentados e dificuldade em elaborar uma decisão justa, nos ditames da lei. As teorias desenvolvidas pelas partes envolvidas na lide, quando preenchidos os requisitos de racionalidade e convencimento, possuem força de questionar as mais diversas normas do ordenamento jurídico. E são nesses casos que a argumentação, diante da omissão da lei nos casos difíceis, é construída, devendo a decisão “integrar o itinerário lógico da decisão”¹⁴⁶. Segundo entendimento de Luís Roberto Barroso, *in verbis*:

¹⁴⁵ STEIN, Leandro Konzen. *A legitimidade e a legitimação da jurisdição constitucional no estado democrático de direito: entre a democracia e os direitos fundamentais*. Porto Alegre, 2010, p. 7. Disponível em: <<http://www.dartagnan.adv.br/10.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2013.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 340.

“Argumentação jurídica é a atividade de fornecer razões para a defesa de um ponto de vista, o exercício de justificação de determinada tese ou conclusão. Trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta, que tem como elementos fundamentais: (i) a linguagem, (ii) as premissas que funcionam como ponto de partida e (iii) regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão”.¹⁴⁷

Nesse sentido, Neil MacCormick¹⁴⁸ considera a argumentação jurídica como uma ramificação da argumentação prática, que consiste na aplicação da razão e escolha das situações postas. Ou seja, a argumentação seria um processo sistemático de aplicação de raciocínio jurídico, lógico e formal, de exposição dos valores pelo intérprete da norma em um caso concreto, colocando em prática a aplicação do direito. As conclusões lógicas devem percorrer um silogismo não contraditório nas decisões, tornando a atividade de decidir complexa e exaustiva. Rupert Cross, autoridade no direito inglês afirma: “o fundamento da decisão de um caso é qualquer norma do direito tratada por um juiz em termos explícitos ou implícitos como um passo necessário para chegar à conclusão, relacionada à linha de raciocínio adotada por ele”.¹⁴⁹

Em aspectos práticos, diferentes pessoas chegarão a diferentes conclusões acerca de determinado assunto. E se há diversas possibilidades interpretativas de uma mesma hipótese, como julgar a correta? Ou qual apresentará a melhor fundamentação racional?

Assim, merecem ser observados três parâmetros pertinentes sobre a complexidade de decidir: a) a necessidade de fundamentação normativa; b) a necessidade de respeito à integridade do sistema; c) o peso a ser dado às consequências concretas da decisão.¹⁵⁰

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 340.

¹⁴⁸ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 9.

¹⁴⁹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 281.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 343.

Devemos entender *a necessidade de fundamentação* normativa como uma decisão estritamente jurídica, baseada na lei em questão, usando o intérprete elementos jurídicos concretos presentes na lei ora em questão. O *respeito à integridade do sistema* diz respeito ao compromisso do intérprete em respeitar a norma como um sistema único e indivisível, devendo observar os precedentes, impedindo deformidades não fundamentadas de entendimento.

E por fim, a decisão deve estar atrelada ao realismo jurídico (realidade da Constituição) do intérprete, de modo que o peso e as medidas sejam harmoniosamente equilibrados, sem que haja um surrealismo e um distanciamento do juízo constitucional.

De fato, a jurisprudência deve ser rigorosamente cumprida para assegurar a segurança jurídica. Poderá o intérprete exercer sua criatividade para corrigir um juízo anterior sem romper com a integridade do direito, frente às novas realidades postas no mundo jurídico¹⁵¹.

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 344.

5 CONCLUSÃO

“Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda a vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, empresta direção a toda atividade de criação do direito. As decisões dos tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes que de superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas”.¹⁵²

Theodore Roosevelt

A interpretação das normas constitucionais não é tarefa fácil. Aplicar o direito às obscuridades que a Constituição prega, pelo distanciamento do Poder Legislativo da sua atividade principal, dificulta a elaboração da decisão mais sensata ao caso concreto.

Devido a isso, a jurisdição constitucional atravessa momentos de dificuldade no cenário nacional^{153,154,155} por contrariar, em decisões não técnicas, a vontade geral. Instituições do mais variados interesses esperavam o andar das decisões para comemorar uma suposta evolução nos direitos sociais, econômicos e culturais. Algumas decisões vieram em tempo, enquanto outras o Supremo Tribunal Federal deixou a desejar.

A revisão da Lei da Anistia iria uniformizar e emparelhar o direito brasileiro ao argentino e de outras sociedades democráticas ocidentais. Mas a decisão foi contrária aos Direitos Humanos, procrastinando o julgamento de responsáveis por tortura, perseguições políticas e terrorismo.

¹⁵² COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo Judicial. 2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro>>. Acesso em: 17 ago. 2011.

¹⁵³ A imprensa tem publicado inúmeros artigos sobre a crise do Judiciário. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/76259/>>. Acesso em: 11 maio 2012.

¹⁵⁴ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/1042359-peluso-nega-crise-no-judiciario-e-defende-atuacao-do-cnj.shtml>>. Acesso em: 11 maio 2012.

¹⁵⁵ Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,cronologia-a-crise-no-judiciario,817455,0.htm>>. Acesso em: 11 maio 2012.

De igual valor, as decisões sobre as algemas, da fidelidade partidária, do número de vereadores, união estável de pessoas do mesmo sexo, dos fetos anencefálicos, da substituição tributária progressiva e da demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol são alguns exemplos de decisões que jamais deviam ter prosperado.

Creio, em determinados pontos, o Excelso Pretor ter violado o princípio de separação dos três poderes ao dar entendimento contrário ao que prega a Constituição da República Federativa do Brasil.

Uniformizar o pensamento da interpretação constitucional com outras democracias do mundo ocidental é possível se houver prudência e “não intervenção” do Supremo em todas as situações descritas na Carta, restringindo ou reduzindo seu poder de interferência no Legislativo.

Ou melhor, deve o Legislativo acrescentar ao texto constitucional dispositivos que impeçam tal arbitrariedade, como de legitimar ao Legislativo a possibilidade de revisão de decisões permanentes ou irrecorríveis, colocando tais decisões em votação em ambas as casa Legislativo, por maioria absoluta que não sejam positivas em aspectos de Direitos Humanos, de direito à vida, direito à família, direito à honra, normas processuais penais, etc.

Decorrido isto, uma profunda análise, de voto a voto do Plenário do Supremo seria tarefa para outro momento. Isto porque o presente trabalho abordou temas de interpretação e como uma nova interpretação sem a participação dos argumentos necessários poderá transformar o Supremo Tribunal Federal num poder absolutista e inescrupuloso, não possuindo as decisões a alcunhada “legitimação democrática”.

Nesse embate entre poderes, a Constituição Federal é clara ao afirmar que “o poder é do povo para o povo”. Assim com na eleição para Presidente da República há a necessidade de realização de escrutínio, deveria ocorrer o mesmo

com a eleição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, através de lista entre os Três Poderes, o que talvez reduzisse a politização da Corte.

No campo da argumentação, toda e qualquer afirmação é refutável. Não há verdades absolutas na área da teoria da argumentação de Alexy. O problema está na técnica da ponderação e da razão usadas nas decisões do Colegiado.

O Supremo, por mais divino ou nobre que seja, como instância última de palavra, não pode alterar a Constituição. Esse golpe na democracia atrasa o desenvolvimento do Direito, que por vezes, ignorando a moral, a ética e o contexto da decisão, cometem peculiaridades bizarras alegando a nulidade de inquérito pela violação da assertiva dos frutos da árvore envenenada.

Por outro lado, a tentativa de popularização do Supremo Tribunal Federal para com todas as camadas sociais é um avanço para a transparência do Tribunal. O julgamento televisionado de casos em pauta e uma simplificação da linguagem jurídica aproxima o cidadão do Tribunal, o que contribui em muito para a opinião pública sobre a vida nacional, o que a “sociedade aberta dos intérpretes” de Häberle defende. Em aspectos democráticos, as decisões do Tribunal tem acompanhado a evolução dos direitos fundamentais, seguindo boa parte da jurisprudência internacional sobre Direitos Humanos.

Dessa forma, cabe concluir que apesar de criticado, o comportamento do Supremo frente às novas realidades tem contribuído para alinhar a jurisprudência nacional e uniformizar o entendimento nas academias de Direito.

Esse comportamento promove uma atualização do direito constitucional, efetivando o papel de “guardião da Constituição”. Entretanto a criação de premissas que auxiliem numa interpretação “coerente” da norma constitucional e um controle maior e limitado dos atos do Supremo Tribunal Federal pelo Congresso Nacional pode, em tese, destruir essa ilegitimidade, derrubando os muros da politização da Corte

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Jorge Patrício de Medeiros. **A decisão judicial na teoria dos direitos de Ronald Dworkin: um busca de uma aproximação da ideia de justiça e legitimidade na aplicação do direito**. Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Orientador: Gisele Guimarães Cittadino. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=13486@1&msg=28#>. Acesso em: 09 abr. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**/Luís Roberto Barroso – 5. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. MENDONÇA, Eduardo. **STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente**, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-03/retrospectiva-2011-stf-foi-permeavel-opiniao-publica-subserviente>>. Acesso em: 18 abr. 2012.

_____. **JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA**. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 13, 2009, p. 17-29. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Disponível também em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2013.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Brasília, 2010. Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/artigo-constituicao-democracia-supremacia-judicial.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2013.

_____. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/casos-homoafetivas-diferentes-iguais.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3.ed., São Paulo: Celso Bastos editora, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Contribución a la Teoría de Derecho**, org. Alfonso Ruiz Miguel, Valencia: Fernando Torres Ed., 1980.

_____. **O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo, a crise contemporânea.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília: Senado Federal, 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **Fernando Lassalle, Konrad Hesse, Peter Häberle: a força normativa da constituição e os fatores reais de poder.** Artigo. Revista Universitas/JUS. N° 6 jan/jun.2001. Brasília. p.27.

_____. **Ativismo Judicial.** Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro>>. Acesso em: 17 ago. 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Ciência do Direito.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.

HÄBERLE, Peter. **El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma.** Trad. Joaquín Brage Camazano. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madri, n. 09, p. 113-139, 2005.

_____. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HANONES, Renata Fernandes. **Ativismo Judicial.** Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, no curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Orientador: Min. Carlos Mário da Silva Velloso. Brasília, 2012. Disponível em: <http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/3992/1/2012_RenataFernandesHanones.pdf>. Acesso em: 09 maio 2013.

JULL, Robert. **Some Reflections on Judicial Activism.** Library of Congress, USA, 2000, p. 70/71. Apud SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política.** Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Brasília, 2010, p. 118-145. Disponível

em:

<http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1> . Acesso em: 11 maio 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad., Luís Carlos Borges. Brasília, Martins Fontes/Ed. Universidade de Brasília, 1990.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 2.ed. Bras. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2001.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. VALE, André Rufino do. **O pensamento de Peter Häberle na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista Direito Público-IDP n. 29, Brasília, Jul/Ago. 2009.

NOJIRI, Sergio. **A Interpretação Judicial do Direito**. Revista dos Tribunais, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PARLAMENTO Independente. *Folha de São Paulo*, São Paulo. 31 ago. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz3108200808.htm>>. Acesso em: 09 set. 2008

POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o Debate Contemporâneo**. Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 17, agosto-dezembro de 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RTJ, 66:631, 1973, Rep. n. 881-MG, rel. Min. Djaci Falcão.

SILVA, Edvaldo Fernandes da. **Há excesso de jurisdição no Brasil?** Núcleo de Estudo e Pesquisa do Senado Federal, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242988>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação

em Ciência Política, do Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) – UERJ. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Brasília, 2010, p. 118-145. Disponível em:

<http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 maio 2013.

STEIN, Leandro Konzen. **A legitimidade e a legitimação da jurisdição constitucional no estado democrático de direito: entre a democracia e os direitos fundamentais**. Porto Alegre, 2010. Disponível em:

<<http://www.dartagnan.adv.br/10.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 708/DF Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF. **DJ de 31.10.2008**.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 132/RJ Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, DF. **DJ de 14.10.2011**.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira"**. Rev. Direito GV, vol.4, no.2., São Paulo jul./dez. 2008. Disponível para consulta no endereço:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 09 maio 2013.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF**. Revista Direito GV. 2009. Disponível em: <<http://producao.usp.br/handle/BDPI/6120>>. Acesso em: 25 mar. 2013.