



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

OS LIMITES DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NO CONTROLE
CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PELO TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
BRASILEIRO

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Victor Curado Silva Pereira

Professor Doutor Alex Sander Xavier Pires

Número do candidato: 30004433

Junho de 2023

Lisboa

Agradecimentos

Aos meus pais por todo amor e carinho que me dedicaram ao longo da vida. Nada disso seria possível sem vocês.

Agradeço também ao Professor Doutor Alex Sander pelas orientações necessárias à versão final deste trabalho.

RESUMO

A fiscalização da constitucionalidade é o mecanismo mais eficaz para garantia da observância das normas perante a Constituição. Essa importante função é atribuída ao Tribunal Constitucional, a quem compete a declaração da nulidade das normas inconstitucionais. A complexidade de muitas situações apresentadas ao tribunal indicam que a simples anulação da lei inconstitucional, muitas vezes, não é a melhor solução para correção do vício ou mesmo para possibilitar a máxima eficácia da Constituição. Assim, a prática jurisprudencial dos tribunais estabeleceu decisões que não se adéquam ao binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade, mas estão no meio termo entre esses dois extremos, são as chamadas decisões intermediárias. Essas decisões, surgem da necessidade de se preservar as normas editadas pelo legislador, bem como privilegiar o princípio da segurança jurídica. Contudo, por conferirem maior poder criativo ao tribunal no exercício de suas atividades decisórias, muitas vezes suas decisões aparentam concorrer com a atividade legislativa. Em razão disso, surgiram questionamentos sobre a legitimidade dos tribunais constitucionais na atividade de controle e também os limites do exercício dessas funções em face do princípio democrático e da separação dos poderes.

Palavras-Chave: Tribunal constitucional, Direito judiciário, Controle de constitucionalidade, Legitimidade democrática, Separação dos poderes

ABSTRACT

Judicial review is the most effective mechanism to ensure compliance with the Constitution. This important task is assigned to the Constitutional Court, which is responsible for declaring the nullity of norms contrary to the Constitution. The complexity of many situations judged by the Court indicates that the simple annulment of the unconstitutional law, many times, is not the best solution for correcting the violation or even to guarantee the maximum effectiveness of the Constitution. Thus, the jurisprudential practice of the Courts established decisions that do not fit the binomial constitutionality/unconstitutionality, but are in the middle ground between these two extremes, they are the so-called intermediate decisions. These decisions arise from the need to preserve the rules issued by the legislator, as well as to favor the principle of legal certainty. However, as they confer greater creative power to the court in the exercise of its decision-making activities, their decisions often appear to compete with legislative activity. As a result, questions arose about the legitimacy of the Constitutional Courts in the activity of control and also the limits of the exercise of these functions in the face of the democratic principle and the separation of powers.

Keywords: Constitucional Courts, Judiciary Law, Judicial Review, Democratic legitimacy, Separation of powers

ÍNDICE GERAL

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 - DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA.....	13
1.1. Modelos de controle de constitucionalidade	13
1.2. Sistema norte-americano	17
1.3. Sistema austríaco	18
2. O controle de constitucionalidade nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português....	20
2.1. Tribunal Constitucional de Portugal.....	20
2.2. Supremo Tribunal Federal brasileiro	22
3. Da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis	24
3.1. democracia (princípio democrático) e constitucionalismo	27
3.2. Legitimidade democrática indireta	30
3.3. O tribunal constitucional como legislador negativo	34
3.4. Autocontenção (<i>self restraint</i>)	37
3.5. Controle procedimental e substancial.....	40
CAPÍTULO 2 - DAS DECISÕES INTERMEDIÁRIAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	45
1. Sentenças intermediárias	45
2. Sentenças normativas	48
2.1. Sentenças interpretativas	48
a) Interpretação conforme a Constituição.....	48
b) declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto	50
2.2. Sentenças aditivas.....	52
a) Sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos.....	54
b) Sentença aditiva em sentido estrito	55
c) Sentença aditiva de princípios	55
2.3. Sentenças substitutivas	56
3. Sentenças transitivas.....	57
3.1. Sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo.....	57
3.2. Sentenças apelativas, declaração de constitucionalidade provisória ou sentenças de "todavia constitucionalidade"	58
3.3. Sentenças de aviso	58
3.4. Declaração de inconstitucionalidade com ablação diferida.....	58

a) Da restrição (ou modulação) dos efeitos da inconstitucionalidade	59
4. Questões sobre as espécies de decisões intermédias	61
5. Aspectos normativos no Brasil e em Portugal.....	63
5.1. Sentenças intermediárias em Portugal.....	63
5.2. Sentenças intermediárias no Brasil.....	69
CAPÍTULO 3 - DOS LIMITES DA LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL	
CONSTITUCIONAL NAS DECISÕES INTERMEDIÁRIAS.....	74
1. Transformações sociais e modificação dos contextos de aplicabilidade das normas	74
1.1. Sociedade de massas.....	75
1.2. Mudança na estrutura normativa	77
1.3. Mudanças no Poder Judiciário.....	79
2. Ativismo judicial	82
3. O tribunal constitucional como legislador positivo	87
4. Limite geral ao papel do tribunal: separação dos poderes e o papel conformador do legislador	90
5. Limites das decisões intermediárias neste novo contexto	92
6. A questão sobre quem deve dar a última palavra	98
CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS.....	113

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo propõe a limitação do poder estatal através do reconhecimento da supremacia da Constituição sobre todas as demais normas, tornando-se então sua fonte de validade¹. A partir do reconhecimento de sua supremacia, a Constituição passa a disciplinar a vida política de determinada comunidade, definindo a estrutura do Estado, os limites e condições para o exercício do poder pelos seus agentes e também declara direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

A consequência da primazia das normas constitucionais é a exigência de que todas as demais regras produzidas estejam a ela subordinadas, observando suas disposições. Contudo, a experiência nos mostra que nem sempre o legislador ou as autoridades administrativas atuam em observância aos limites constitucionais de suas funções. Assim, dada a necessidade de preservação da coerência do sistema jurídico e também da proteção dos direitos fundamentais, o ordenamento deve dispor de mecanismos para salvaguarda da Constituição, sob pena de não se poder considerá-la verdadeiramente obrigatória².

Nessa linha, o controle de constitucionalidade das leis desponta como o principal mecanismo jurídico para garantia da Constituição, pois permite a imediata invalidação e, por consequência, a ineficácia de atos estatais que não observem os parâmetros impostos pela Constituição, assegurando assim a regularidade do sistema normativo, a preservação da competência dos poderes e também a proteção dos direitos fundamentais.

A função de controle pode ser organizada de diversas formas, com a previsão de tal atribuição a mais de uma autoridade ou a órgãos de naturezas diferentes. Dentre os vários sistemas, os que mais se popularizaram no mundo ocidental foram os de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, seja por meio de um sistema difuso, seja pelo controle concentrado-abstrato.

Apesar da popularização destes sistemas, a ideia de um tribunal com poderes para limitar as normas criadas pelos órgãos eleitos pela vontade popular levanta discussões sobre sua legitimidade num sistema democrático. O princípio da supremacia da Constituição aparenta colidir e limitar o princípio democrático, materializado na vontade da maioria, o que levantou amplo debate doutrinário sobre o fundamento do poder dos tribunais.

A despeito dessas constatações, a doutrina no geral se posicionou no sentido de conferir legitimidade à jurisdição constitucional, considerando que a mera anulação das leis votadas pelo órgão legislativo, por si só, não deve ser vista como uma afronta ao princípio da

¹ BARROSO, Luis Roberto - O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 23.

² KELSEN, Hans - Jurisdição Constitucional, p. 179.

maioria ou mesmo da ideia de democracia. Na defesa desta legitimação, são levantados os mais variados argumentos, os quais trataremos a seguir.

Segundo Kelsen, idealizador do modelo de controle abstrato de constitucionalidade, as funções de controle seriam melhor desempenhadas por um tribunal constitucional, órgão diverso e independente dos órgãos criadores das leis, sendo a instauração de tal órgão de controle uma reafirmação do princípio de separação dos poderes, visto privilegiar o controle interinstitucional. Determina, porém, os limites deste tribunal, que deveria exercer funções similares a de um legislador, porém dele se diferenciaria pelo fato de atuar apenas na anulação de normas, atuando como verdadeiro legislador negativo. Ao tribunal não seria lícito avançar indevidamente sobre as escolhas do legislador positivo, e assim preservar seu espaço de atuação³.

Após a Segunda Guerra Mundial, se observou uma quase unanimidade mundial na adoção de sistemas judiciais de controle de constitucionalidade nas Constituições, tornando superada a questão da discussão sobre a legitimidade de tal instituto. Afinal, se o poder constituinte, por meio de sua vontade soberana, resolveu instituir um sistema de controle da própria manifestação da vontade popular e eventuais abusos da maioria, não há razões para questionar a existência do instituto em si. O problema que recorrentemente é trazido à discussão, atualmente, é o dos limites para o exercício da jurisdição constitucional⁴.

A doutrina, há muito, apresenta ideias para tentar conter o grande poder advindo das decisões dos juízes constitucionais, mormente ante o risco de o tribunal inviabilizar a atividade política e o desenvolvimento do ordenamento jurídico pelo órgão representativo. No debate sobre os limites da jurisdição é recorrente a discussão sobre a figura do legislador negativo ou de uma postura de autocontenção do tribunal (*self restraint*), que em última análise são ideias para preservação do espaço de conformação do legislador, restringindo a atividade do tribunal a anulação das leis desconformes ao texto constitucional.

Entretanto, as transformações verificadas nas sociedades e nas Constituições do pós segunda guerra mundial alteraram profundamente a atuação e os poderes dos tribunais constitucionais. As Constituições atuais preveem direitos e garantias fundamentais, muitos deles positivados na forma de princípios abstratos. Além disso, alguns destes consagram o reconhecimento de direitos de caráter social, os quais acabam por exigir intervenção positiva do Estado para sua implementação. Tais mudanças ampliaram os limites de atuação do tribunal, ao passo que também acabaram por incrementar a complexidade da atividade por ele desempenhada, exigindo a adoção de novas técnicas de decisão.

³ KELSSEN, Hans. Jurisdição Constitucional, p. 169.

⁴ MOREIRA, Vital – Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional, p. 178-180.

Nessa perspectiva, a atividade dos tribunais não mais se limita ao controle sob o binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade, pois a simples anulação da norma não se mostra adequada para a solução de algumas situações. Ademais, a implementação de direitos fundamentais exige a adequação das leis aos seus ditames, o que acaba por conferir ao tribunal poderes para definir a interpretação dos dispositivos legais com base em princípios constitucionais. Deste modo, o tribunal promove, em alguns casos, uma verdadeira moldagem da norma a ser aplicada.

As decisões desta espécie, por estarem no meio-termo entre a declaração da constitucionalidade e da inconstitucionalidade, são denominadas de sentenças intermediárias (ou sentenças intermédias). Tais sentenças possuem caráter normativo, indicando a interpretação adequada do texto proposto pelo legislador, reduzindo a extensão do significado do texto, e, em algumas situações, impõem até na modificação o significado originário da norma. Em outras situações, o reconhecimento da inconstitucionalidade não vem acompanhada da pronúncia da nulidade, porém o tribunal adverte o legislador para promover as modificações necessárias no ordenamento⁵.

Dado o amplo papel criativo dos tribunais constitucionais no exercício das sentenças intermediárias, ressurgem em parte da doutrina o questionamento sobre quais os limites da legitimidade democrática por aqueles órgãos, em especial pela impressão de aparente confusão entre as atividades de controle de constitucionalidade com as funções típicas do legislador.

Afinal, somente ao legislador foi conferido o papel de criar normas gerais a partir de critérios políticos, calcados em reivindicações apresentadas por grupos existentes dentro da sociedade, ao passo que ao tribunal se conferiu apenas funções de controle das normas, não se mostrando, portanto, lícita a tomada de decisões tendentes a desenvolver as normas constitucionais de forma autônoma, sob pena de se abolir o espaço destinado à conformação política. Além disso, a previsão de princípios abstratos não pode simplesmente neutralizar o poder conferido ao legislador de criar normas, notadamente porque o princípio democrático e o da separação dos poderes conferem ao legislador o papel central na criação do direito⁶.

As decisões intermediárias reascendem o debate sobre os limites de atuação dos tribunais constitucionais, que muitas vezes vem acompanhadas de acusações de ativismo judicial, o que poderia provocar uma indevida politização da justiça. Também se acusa o tribunal, quando atua com grande criatividade, de exercer, de forma indevida, uma verdadeira função de legislador positivo. Portanto, embora admitida pela maior parte da doutrina, não há

⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite - As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo, p. 163.

⁶ MEDEIROS, Rui - A decisão de inconstitucionalidade, p. 495.

uma unanimidade sobre quais espécies destas decisões seriam legítimas ao tribunal, nem os limites para o exercício da jurisdição nestes moldes.

Em razão das divergências teóricas e práticas na aplicação deste instituto, emergem as questões que deverão ser objeto desta investigação científica. Nessa senda, como problema principal, cabe perquirir quais os limites da legitimidade democrática pelo Tribunal Constitucional em Portugal e Supremo Tribunal Federal no Brasil no exercício do controle concentrado de constitucionalidade das leis. Esta questão principal, por sua vez, contém em si os problemas específicos tais como: quais os fundamentos da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade das leis; se há legitimidade na atuação do tribunal constitucional na adoção das decisões intermediárias; e, por fim, quais os limites da legitimidade na atuação do tribunal constitucional e do STF por meio das decisões intermediárias.

A investigação científica para solução dos problemas propostos se embasará em pesquisas bibliográficas, utilizando-se do método de abordagem dialético, com a análise e contra-ponto das diversas posições sobre o tema, buscando sintetizar os elementos em comum. Por sua vez, o método de procedimento para análise do tema será o comparativo, por meio da investigação das convergências e divergências entre as teorias abordadas.

Por consequência, a finalidade desta dissertação é discutir os limites da legitimidade democrática no controle concentrado de constitucionalidade das leis pelo tribunal Constitucional português e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, abordando questões sobre os fundamentos de legitimidade democrática habitualmente invocados pela doutrina e jurisprudência. Também buscará compreender o conceito e as figuras das decisões intermediárias e os fundamentos para sua legitimidade. Por fim, tem por objetivo discutir quais os limites da legitimidade de atuação do tribunal por meio das decisões intermediárias.

No primeiro capítulo, analisaremos as duas principais categorias de sistemas de controle de constitucionalidade das leis pelo viés jurisdicional: o modelo americano e o modelo austríaco. Em seguida, faremos uma abordagem dos sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil e em Portugal e suas peculiaridades, notadamente a natureza mista desses sistemas de controle.

Também faremos uma análise sobre os fundamentos a legitimidade democrática do poder de controle de constitucionalidade, abordando a correlação entre o princípio democrático e o constitucionalismo, como elementos para delimitação do exercício do poder do tribunal. A partir da questão da legitimidade, trataremos da relação da questão da representatividade dos membros do tribunal, notadamente no seu processo de nomeação. Por fim, abordaremos as figuras criadas como marco para limitação do poder dos tribunais,

especificamente a ideia kelseniana do tribunal como legislador negativo, a *self restraint*, passando por uma pequena análise dos modelos de controle procedimental e substancial.

No segundo capítulo, introduziremos o conceito das sentenças intermediárias, abordaremos as principais classificações tratadas pela doutrina e utilizadas pela jurisprudência, a exemplo das decisões de caráter normativo, bem como algumas de suas espécies (decisões interpretativas, aditivas e substitutivas). Também trataremos das chamadas sentenças transitivas e as suas espécies, passando pela questão da modulação temporal dos efeitos da inconstitucionalidade.

Após apresentaremos um debate acerca das polêmicas doutrinárias sobre essas espécies decisórias, que são alvo de divergência, bem como da retomada dos questionamentos sobre a legitimidade democrática dos tribunais constitucionais nesse novo contexto. Por fim, faremos uma pequena análise dos aspectos normativos das decisões intermediárias nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

No terceiro e último capítulo, iremos debater a questão dos limites da legitimidade democrática, mas agora sob a perspectiva no exercício das decisões intermediárias. Iniciaremos com uma pequena digressão sobre as modificações dos contextos de aplicação das normas jurídicas, passando pelas transformações das sociedades nos últimos anos, da estrutura normativa dos ordenamentos jurídicos e das normas jurídicas e também da modificação do Poder Judiciário e dos poderes dos juízes. Concomitantemente a essa abordagem, trataremos de uma transformação dos limites do exercício da jurisdição constitucional e de sua interferência nas funções do legislador.

A partir dessas transformações, abordaremos o seu impacto em antigos conceitos para restrição do poder dos juízes constitucionais como o de ativismo judicial e o de legislador positivo. Pontuaremos o intenso papel dos juízes constitucionais no exercício das funções intermediárias e a permanência de limites gerais ao papel criativo, especialmente ante o princípio da separação dos poderes e do papel conformador do legislador. Outrossim, faremos uma pequena análise dos limites das decisões intermediárias nesse novo contexto, abordando os principais riscos de cada espécie de decisões aos princípios da separação dos poderes e do papel de conformação do legislador.

Ao final, faremos uma análise da questão sobre quem deve ser o detentor da decisão final sobre a questão da inconstitucionalidade, com enfoque na possibilidade de reedição da lei declarada inconstitucional e a utilização do poder de emenda para modificação dos parâmetros de controle, com consequente superação do estado de inconstitucionalidade pela legislação, conceitos estes que merecem ser abordados em razão do tensionamento entre o princípio democrático e o papel contramajoritário do tribunal.

CAPÍTULO 1 - DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

1.1. Modelos de controle de constitucionalidade

No presente capítulo, a título de preliminar ao problema principal desta dissertação, abordaremos o conceito de jurisdição constitucional, as classificações usualmente adotadas pela doutrina, bem como os aspectos gerais dos sistemas de fiscalização da constitucionalidade adotados nos ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil. Além disso, trataremos das principais teorias elaboradas para fundamentar a legitimidade democrática deste instrumento jurídico.

A jurisdição constitucional é a função estatal exercida por órgãos judiciais para tutela das normas constitucionais, tratando-se de importante mecanismo para a manutenção da regularidade da Constituição, da competência das instituições políticas e da defesa dos direitos fundamentais. O referido instituto comporta uma gama de atribuições como o julgamento de ações para a proteção de direitos fundamentais, os *writs* constitucionais, os crimes de responsabilidade das altas autoridades, além de demandas outras como a análise da regularidade dos partidos políticos⁷.

Dentre as várias espécies de instrumentos jurídicos circunscritos à jurisdição constitucional, o controle de constitucionalidade das leis, ou a fiscalização da constitucionalidade, é considerado o mais importante dos meios de proteção da Constituição⁸. Trata-se de procedimento previsto na ordem jurídica para conformação das leis e atos normativos à Constituição, conferindo proteção desta em face da atividade do legislador ordinário ou de outras autoridades superiores.

O controle de constitucionalidade tem por pressuposto a ideia de normatividade da Constituição, ou seja, de que esta ocupa um papel central na ordem jurídica de determinado Estado⁹, realizando a distribuição de competência aos órgãos de poder, a disciplina da forma de produção das normas jurídicas e a previsão direitos fundamentais, que devem ser respeitados pelo Estado e observados em todas as suas ações.

Contudo, nem sempre a Constituição foi considerada como documento normativo, com caráter vinculante à esfera pública. Na Europa, até o início do século XX, a Constituição ainda era vista como uma mera manifestação de declaração política, sem qualquer vinculação

⁷ CAPPELLETTI, Mauro - O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, p. 25; CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito constitucional e teoria da constituição, p. 895; TAVARES, André Ramos - Teoria da justiça constitucional, p. 144.

⁸ CANOTILHO, Op. cit, p. 889.

⁹ TAVARES, Op. cit, p. 46.

ao legislador, considerado um poder soberano¹⁰. Obviamente, neste modelo político-normativo, incabível a ideia de fiscalização constitucional da atividade legislativa ou dos atos de governo.

Para além do aspecto vinculante das normas constitucionais, o controle também pressupõe outras duas características básicas em uma Constituição: a supremacia em relação às demais normas jurídicas e a rigidez do processo de alteração de suas normas, princípios estes fundamentais para o desenvolvimento e fundamentação da fiscalização da constitucionalidade das leis.

A supremacia das normas constitucionais consubstancia-se na ideia de que a norma constitucional ocupa o ápice da pirâmide normativa, tal como proposto por Merkel e reproduzido por Kelsen em sua teoria pura do direito, sendo ela a fonte de todas as demais normas do sistema, conferindo-lhes validade¹¹. Do ponto de vista do constitucionalismo, a supremacia constitucional se traduz na exigência de que as demais normas jurídicas observem a Constituição.

Por sua vez, a rigidez constitucional constitui em um conjunto de regras previstas na Constituição que estabelece procedimento mais gravoso para sua alteração, com a imposição de uma maioria qualificada para aprovação das emendas ou revisão. Se o processo de alteração das normas constitucionais fosse igual ao das demais normas, uma simples edição de lei ordinária teria o condão de alterar toda a estrutura do ordenamento jurídico. Deste modo, para a existência de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, é imprescindível que as normas constitucionais sejam formalmente distintas das demais normas do ordenamento jurídico.

A rigidez das normas constitucionais cumpre uma importante função política, pois dificulta a realização de alterações substanciais na ordem jurídica sem a realização de um compromisso entre as diversas forças políticas que compõem determinada sociedade. Nessa senda, em casos de modificação momentânea do quadro político-legislativo, a maioria eventualmente formada não poderá promover alterações profundas sem a participação de grupos políticos minoritários.

Não se pode olvidar que, em geral, as Constituições são estabelecidas em momento de grande efervescência política, normalmente após algum marco de grande mobilização de toda a sociedade (revolução, independência, fim de um regime político autoritário), e suas normas são fruto de um compromisso entre os grupos políticos dos mais diversos matizes. Contudo, equilíbrio de forças nem sempre é constante, servindo, portanto, a rigidez como mecanismo

¹⁰ TAVARES, Op. cit., p. 53-54. URBANO, Maria Benedita - Curso de Justiça Constitucional, p. 26.

¹¹ Kelsen, Hans - Teoria pura do direito, p. 247-48.

de defesa dos compromissos políticos assumidos naquele momento, com a preservação da estabilidade da ordem jurídica estabelecida.

Contudo, a despeito dessa dificuldade de modificação da Constituição, existe o risco de que o legislador ordinário não respeite os parâmetros constitucionais no momento da edição das leis, seja criando normas com conteúdo contrário às garantias constitucionais, pela inobservância da forma ali prevista, ou então invadindo a competência de outros órgãos de soberania ou de unidades federadas. Nessa situação, por vias transversas, uma maioria eventual pode se sobrepor à norma constitucional, daí a necessidade de instrumentos para conformação desses atos à Constituição.

Os instrumentos de controle de constitucionalidade assumiram as mais variadas conformações, visto as diferentes experiências jurídicas de cada povo em relação aos institutos de manutenção da regularidade das normas jurídicas. Em alguns países a tarefa foi confiada a diversos órgãos jurisdicionais, enquanto que em outros compete apenas a um tribunal supremo. Em alguns ordenamentos jurídicos, há a completa vedação da realização da fiscalização pelos tribunais, confiando-se apenas a órgãos de caráter político.

Ante a importância dessa conceituação para nosso objeto de estudo, convém fazer menção sobre as classificações dos tipos de controle. O controle de constitucionalidade pode ser classificado segundo a natureza do órgão responsável pela fiscalização da constitucionalidade, dividindo-se entre controle político ou jurisdicional. No tocante aos órgãos jurisdicionais, adotando-se as categorias de classificação apresentadas por Cappelletti, é possível dividi-los segundo o aspecto subjetivo ou modal, conforme veremos a seguir.

No modelo de fiscalização político, o poder de controle é atribuído a um órgão do próprio legislativo, a exemplo de como ocorre na França, cujo Conselho de Estado tem a atribuição de analisar, antes da publicação das leis, a sua compatibilidade da Constituição¹². Naquele país, a configuração desse sistema de controle tem como origem a forte influência do princípio da supremacia parlamentar na organização política estatal¹³. De outra banda, o sistema jurisdicional é aquele em que o controle é conferido aos tribunais.

¹² Favoreau trata esse sistema de controle como uma autêntica corte constitucional. Isso porque sua composição, suas atribuições e funcionamento não a diferem das demais cortes constitucionais. Em sua concepção, o que caracteriza uma corte constitucional é a possibilidade de afirmar o direito com autoridade de coisa julgada (FAVOREU, Louis - As cortes constitucionais, p. 32). Do mesmo modo, Cappelletti entende que o referido órgão, de pouco em pouco, foi assumindo funções de caráter jurisdicional e, embora criado para a manutenção dos poderes que o presidente atribuiu a si, passou a desempenhar atividades em prol da defesa dos direitos fundamentais (In.: CAPPELLETTI, Mauro - Repudiando Montesquieu? Expansão e legitimidade da “justiça constitucional”, p. 274).

¹³ CANOTILHO, Op. Cit, p. 897.

Como nosso objeto de estudo está circunscrito aos sistemas jurisdicionais de controle na via abstrata¹⁴, convém mencionar as classificações comumente aplicadas a esses modelos. Segundo Cappelletti, os sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade podem ser classificados pelo aspecto subjetivo e pelo aspecto modal.

No aspecto subjetivo, a classificação tem em conta o número de órgãos jurisdicionais que possuem competência para o controle, dividindo-se em sistemas de controle difuso e concentrado. No sistema difuso, a competência para o controle é conferido a todos os juízes, que possuem o poder de desaplicar determinada norma que considerem inconstitucional. Por sua vez, no sistema de controle concentrado, somente um tribunal, órgão especial criado para essa função, é que possui a competência para decidir sobre a inconstitucionalidade das normas¹⁵.

Sob o aspecto modal, o controle de constitucionalidade é avaliado pela forma como é exercitado pelas autoridades competentes, dividem-se em sistema concreto e abstrato. No sistema concreto, a análise da inconstitucionalidade é feita de forma incidental, no curso de uma ação em que a parte invoca um direito subjetivo que seria cabível caso reconhecida a inconstitucionalidade da norma questionada. De outro lado, no sistema abstrato de controle, a inconstitucionalidade é a questão principal a ser decidida pelo órgão, o qual analisará sua (in)compatibilidade com a Constituição apenas em tese, sem considerar um caso específico¹⁶.

Essas classificações estão presentes em várias ordens jurídicas e é possível encontrar mais de uma dessas características em um mesmo ordenamento jurídico. Dentre os modelos constitucionais mais famosos, podemos mencionar o sistema americano e o sistema austríaco, os quais se notabilizaram por serem inovadores e por guardarem características próprias. Dada a importância dos dois modelos para a análise e compreensão das espécies de controle, necessário se fazer um pequeno apanhado histórico de cada um deles.

Ressalte-se que atualmente não há um modelo puramente concentrado/abstrato ou puramente difuso/concreto, sendo que tais nomenclaturas são utilizadas para facilitação da compreensão do tema do controle de constitucionalidade e em possibilitar uma classificação das características dos mais diversos sistemas de controle. Para além disso, há uma tendência mundial de aproximação dos sistemas, com absorção de elementos do sistema difuso/abstrato no sistema concentrado e vice-versa. Outrossim, cabe destacar que alguns ordenamentos,

¹⁴ Vitalino Canas entende que os tribunais constitucionais não exercem função jurisdicional. A despeito de se tratarem de um verdadeiro tribunal, suas funções são na verdade de controle, que é autônoma às demais funções estatais clássicas. No exercício desse poder de controle, o tribunal se utiliza de técnicas e modo de agir próprios de outros órgãos de soberania, a exemplo da execução jurisdicional, a de decisões ou execução políticas e legislativas (CANAS, Vitalino - Os efeitos das decisões do tribunal constitucional: a garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público, p. 226).

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro - O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, p. 67.

¹⁶ CAPPELLETTI, op cit., p. 102.

inclusive, adotam sistemas mistos de controle, com ambos os modelos acima apontados, a exemplo de Brasil e Portugal¹⁷.

1.2. Sistema norte-americano

O surgimento do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade é atribuído ao emblemático caso *Marbury v. Madison*, em 1803, cuja decisão proferida pela Suprema Corte americana, sob a presidência de John Marshall, afirmou a atribuição do Poder Judiciário de analisar a compatibilidade das leis em face da Constituição. Este julgamento é apontado como o marco inicial do controle de constitucionalidade das leis por um órgão jurisdicional¹⁸.

No Sistema norte-americano, qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar determinada lei (federal, estadual ou municipal) no julgamento de uma causa, caso entenda pela sua inconstitucionalidade. Trata-se de um sistema de controle difuso, pois todos os órgãos judiciais possuem competência para a fiscalização da constitucionalidade. Além disso, é um sistema de caráter concreto, pois a apreciação da inconstitucionalidade se dará no bojo de uma ação judicial em que se discute determinada situação litigiosa das partes.

A despeito do seu caráter teoricamente concreto, que implicaria na eficácia da decisão somente entre as partes, na prática, o sistema de controle norte-americano acaba por ter eficácia para além dos litigantes, tornando a lei inconstitucional completamente inaplicável. Isso porque tal sistema jurídico adota rigorosas regras de respeito aos precedentes judiciais, que acaba por vincular todos os demais juízes e tribunais. Esse sistema de vinculação de precedentes é denominado de *stare decisis*¹⁹.

Assim, apesar do julgamento sobre a inconstitucionalidade das leis em um caso concreto só vincular as partes daquele feito, caso haja um pronunciamento de um tribunal ou mesmo da Suprema Corte, a lei não poderá ser mais aplicada em nenhum outro caso análogo,

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 896; Francisco Llorente entende não ser precisa a ideia de “aproximação” dos sistemas europeus ao norte-americano, o que há, no máximo, é uma justaposição dos sistemas, como ocorre em Portugal. Segundo o autor, a simples ampliação do acesso ao tribunal constitucional não é prova da mistura entre os sistemas, pois tal questão já era prevista por Kelsen em seus escritos sobre controle (Cf. RUBIO LLORENTE, Francisco - La jurisdiccion constitucional como forma de creacion de derecho., p. 25).

¹⁸ O exercício do poder de controle da constitucionalidade das leis não era uma ideia inédita e absolutamente inovadora nos EUA, visto que é possível se identificar alguns antecedentes históricos deste poder da Suprema Corte. Um argumento neste sentido é o de que as leis do Reino da Inglaterra preponderavam sobre as leis produzidas pelas colônias. Além disso, o poder normativo dos colonos eram regidos por cartas do reino. Entendia-se na época que determinada lei era considerada inválida. Com a independência, os antigos colonos substituíram a carta, antigo estatuto das colônias, pela Constituição. Nesse sentido, confira: TAVARES, Op. cit., p. 51. Capelletti menciona, ainda, que a doutrina de Edward Cooke foi bastante difundida no mundo Anglo-saxão até o advento da Revolução Gloriosa (1688), também se alastrando pelas colônias da América. Tal doutrina defendia a submissão das leis do Parlamento e também o soberano à Common Law, cabendo, inclusive, o controle das leis pelos juízes, com a finalidade de se verificar sua compatibilidade com o sistema de normas costumeiro (CAPPELLETTI, Op. cit., p. 63).

¹⁹ CAPPELLETTI, Op. cit., p. 81.

em razão da vinculação ao precedente criado. O sistema judicial acaba, por via transversas, por conferir eficácia *erga omnes* à decisão. A Lei “embora permanecendo ‘*on the books*’, é tornada ‘*a dead law*’, uma lei morta...”²⁰.

A doutrina em torno desse sistema de controle, segundo Cappelletti, é bastante coerente e de grande simplicidade, uma vez que se circunscreve ao plano da interpretação normativa. O sistema difuso considera que, como cabe a todo juiz a interpretação normativa, nos casos caso de contradição entre normas, cabe a ele aplicar a norma prevalente, operação esta que também é cabível em caso de eventual contradição entre as leis e a Constituição. Nesse caso, seguindo o basilar princípio interpretativo de que a norma superior derroga a norma inferior (*lex superior derogat legi inferiori*), e em sendo a Constituição a norma suprema, deve o juiz aplicá-la no caso concreto, em prejuízo da lei ordinária²¹.

Esse sistema de controle se reveste de grande importância política para a ordem constitucional. Segundo Hamilton, o Poder Judiciário devia ser considerado como baluarte da Constituição contra usurpações do corpo legislativo, já que a ele competiria se interpor entre o legislativo e o povo para a defesa da vontade deste último. Sobre alegações de usurpação do Poder Judiciário sobre o Legislativo, defendia que, tal como numa delegação de poderes, a autoridade delegada (o órgão legislativo) nunca poderia decidir de forma contrária à comissão, razão esta que também tornaria nulo qualquer ato em desconformidade com a Constituição, documento representativo da vontade do povo, órgão delegante do legislativo. Também não haveria de se alegar eventual superioridade do Judiciário sobre o Legislativo, pois ambos estão submetidos à vontade do povo, plasmada na Constituição, essa sim, superior a ambos²².

1.3. Sistema austríaco

O sistema austríaco de controle de constitucionalidade surgiu em 1920, com a recém criada República da Áustria, após a derrocada da Monarquia e do esfacelamento do Império austro-húngaro, ocorridos no fim da primeira guerra mundial. Este sistema de controle foi idealizado por Hans Kelsen que, a pedido do novo governo republicano, participou da elaboração da sua primeira Constituição.

Este sistema é caracterizado pela apreciação da (in)constitucionalidade das leis em abstrato, na análise da compatibilidade da lei em tese com as normas constitucionais, sem uma lide em concreto a ser resolvida. A competência para a realização do controle é conferida

²⁰ CAPPELLETTI, Op. cit., p. 81; KELSEN. Jurisdição Constitucional, p. 307.

²¹ CAPPELLETTI, Op. cit., p. 75.

²² HAMILTON, Alexander; MADISON, James – O Federalista, p. 158-59.

apenas a um tribunal, especialmente criado para esta finalidade²³. Portanto, trata-se de um sistema de controle concentrado e abstrato das leis.

Os ordenamentos jurídicos que adotam o sistema da *civil law*, tal como a Áustria, enfrentariam grandes restrições no caso de importação do sistema americano de controle, haja vista a ausência de institutos adequados para vinculação dos juízes de instâncias inferiores aos julgados do Tribunal Constitucional, ante a ausência do instituto do *stare decisis*. Em geral, os sistemas de países europeu-continental são fundados no princípio da aplicação e interpretação da lei escrita como principal fonte jurídica.

O estabelecimento do controle difuso acabaria por não garantir a eficácia e a segurança jurídica necessária às decisões de inconstitucionalidade, posto inexistir mecanismos de vinculação dos juízes às decisões dos tribunais, que poderiam continuar a aplicar a norma inconstitucional caso entendessem de forma diversa do órgão de controle²⁴.

O sistema austríaco inova ao conferir a competência para apreciar a inconstitucionalidade apenas a um único órgão, atribuindo-lhe o poder de decretar a nulidade da norma em caráter abstrato, com eficácia geral (*erga omnes*). Tal mecanismo superaria o inconveniente da insegurança jurídica causado pela ausência dos institutos de vinculação aos precedentes dos tribunais, ao passo que garantiria exclusão do ato inconstitucional do ordenamento jurídico. Segundo Kelsen, tal poder, dada sua considerável importância, somente deveria ser exercido por uma instância central e suprema, surgindo daí a necessidade de criação de um autêntico tribunal constitucional²⁵.

Favoreau aponta alguns motivos para a implantação de um sistema de controle concentrado na Europa, a despeito do enorme sucesso do sistema de controle norte-americano: a) a sacralização da lei nos sistemas jurídicos europeus, de modo que a sua suposta infalibilidade raramente era colocada em dúvida, enquanto que nos EUA as instituições jurídicas sempre consideraram a noção da supremacia da Constituição; b) inadequação do perfil dos juízes de carreira europeus para o exercício do controle de constitucionalidade, haja vista sua formação e costume de apenas realizar a simples interpretação da lei, sem questionar os seus fundamentos de validade, bem como pela ideia corrente de sua ausência de investidura democrática para ações preponderante conteúdo político; c) ausência da unidade na jurisdição nos países europeus: nos EUA, toda a jurisdição e todos os temas são submetidos à Suprema Corte, enquanto que na Europa, em geral, há a divisão entre as cortes ordinárias e administrativas; d) insuficiente rigidez das constituições

²³ CAPPELLETTI, Mauro - O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, p. 84.

²⁴ CAPPELLETTI, Op. cit., p. 77.

²⁵ KELSEN, Hans - Jurisdição constitucional, p. 145.

européias em relação à americana, que somente pode ser alterada por um processo bem rigoroso²⁶.

Por sua vez, razões históricas também justificariam a implantação de um tribunal desse modelo na Europa: a) países como Alemanha e Áustria já possuíam tribunais do império com vocação para se tornarem tribunais constitucionais; b) os horrores vivenciados pelas ditaduras fascistas estimularam a criação de mecanismos de controle dos órgãos dotados de representatividade; c) o regime parlamentar, cujo governo é formado por direção da maioria legislativa, exige alguma forma de contrapeso em relação a estas duas esferas de poder. Neste ponto, vale destacar não haver mais o receio de se ferir a alegada soberania do legislador, pois como este também se mostrou passível de se tornar opressor, haveria justificativa da criação de institutos jurídicos e instituições para controlá-lo²⁷.

2. O controle de constitucionalidade nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português

2.1. Tribunal Constitucional de Portugal

O ordenamento jurídico português adotou um sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade, visto que seu Tribunal Constitucional foi classificado como um dentre os tribunais na estrutura jurídica, consoante disposto no art. 209, da CRP. Além disso, se adotou um sistema misto de controle jurisdicional uma vez que o controle concentrado convive com um sistema de controle difuso. Para além dessas duas modalidades de controle, há previsão no art. 278 e seguintes do controle preventivo da constitucionalidade, e no art. 283, do controle de constitucionalidade por omissão²⁸.

No que tange ao controle abstrato da inconstitucionalidade por ação, consoante previsão do artigo 281, da CRP, o tribunal declara, com força obrigatória geral²⁹ a inconstitucionalidade de quaisquer normas (n. 1 a, do artigo), além da ilegalidade de normas constantes de ato legislativo com fundamento em violação da lei com valor reforçado; A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região autónoma; a ilegalidade de quaisquer normas constantes de

²⁶ FAVOREU, Op. cit., p. 20-22.

²⁷ FAVOREU, Op cit., p. 22.

²⁸ Fernando Alves Correia classifica o sistema português de controle como misto complexo, haja vista a pluralidade de modalidades de fiscalização da constitucionalidade das normas. Cf. CORREIA, Fernando Alves - Justiça constitucional, p. 138.

²⁹ A força obrigatória geral não se confunde com a força de lei, pois não se limite a retirar a eficácia de determinado ato normativo, mas implica na sua nulidade, invalidando seus efeitos. Além disso, tal efeito não se circunscreve à anulação de leis, podendo atingir outros atos jurídicos, como leis de revisão constitucional ou regulamentos (Cf. MIRANDA, Jorge - Manual de Direito Constitucional, p. 79). Canotilho, por sua vez, entende que a força obrigatória geral é sintetizada pelas ideias de vinculação geral e da força de lei. A primeira delas consiste na vinculação da parte dispositiva a todos os órgãos constitucionais (tribunais e autoridades administrativas). De outro lado, a força de lei é o valor normativo da decisão do tribunal, que atinge a esfera de direito de todas as pessoas físicas e jurídicas (Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito constitucional e teoria da constituição, p. 1009).

diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto. Além disso, a Constituição ainda prevê que o Tribunal Constitucional também declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos (n. 3, do art 281).

Da análise do citado dispositivo, já é possível concluir que o controle de constitucionalidade em Portugal não recai sobre o dispositivo legal, mas sobre a norma dele extraída. Tal ponto guarda bastante relevância, mormente na análise das decisões intermediárias, pois um preceito pode guardar em si mais de uma norma, sendo possível que uma delas seja constitucional e a outra não. Além disso, é possível verificar situações em que a norma não é expressa nos dispositivos constitucionais, cabendo sua construção pela conjugação de mais de um dispositivo³⁰.

Outro ponto de grande importância é que a atribuição de força obrigatória geral somente recai sobre a declaração de inconstitucionalidade, não havendo a atribuição de efeitos vinculativos nos casos de simples rejeição do pedido. Neste último caso, interpreta-se que o tribunal apenas profere decisão de “não inconstitucionalidade da norma”.

A ausência de atribuição de força obrigatória geral à decisão de não inconstitucionalidade possui consequências jurídicas, sendo uma delas a inocorrência de coisa julgada sobre tal decisão. Assim, rejeitada a inconstitucionalidade, uma nova ação poderá ser intentada contra o mesmo dispositivo legal, bastando a apresentação de novos fatos ou fundamentos imputando a inconstitucionalidade.

Além disso, como não há atribuição força obrigatória geral na mera rejeição do pedido de inconstitucionalidade, esta não pode ser equiparada à chamada declaração de constitucionalidade como no direito brasileiro, posto não haver qualquer manifestação positiva do tribunal em relação à norma, muito menos a vinculatividade da decisão em relação aos demais órgãos. Tal previsão normativa tem o condão de garantir a liberdade do tribunal constitucional e dos demais tribunais, que poderão reapreciar a matéria em momento futuro se necessário. Além disso, também serve de óbice para tentativas de fraudes à Constituição, com a formulação de pedidos de inconstitucionalidade, com o nítido propósito de fixar determinado entendimento sobre a matéria, impedindo futura reapreciação da inconstitucionalidade da referida norma³¹.

Sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o n. 1 do artigo 282, define que estes se iniciam desde a entrada em vigor da norma questionada e ainda determina a

³⁰ MIRANDA, Op. cit., p. 171-73.

³¹ MIRANDA, Op cit., p. 79.

repristinação do ato revogado pela norma. O sistema português adotou como regra a atribuição de efeito *ex tunc* das decisões do tribunal, distanciando-se do sistema austríaco, em que a inconstitucionalidade é apenas declarada *ex nunc*.

O fundamento para a aplicação deste termo inicial decorre do mesmo fundamento adotado no direito americano e brasileiro: a supremacia da Constituição não permite a convivência no sistema de normas contrárias às suas disposições. Assim, identificada situação de inconstitucionalidade, a norma deverá ser expurgada do ordenamento desde sua edição, sob pena de se considerar violada a ordem jurídica, com consequente fragilização do texto constitucional³².

Contudo, a despeito do rigor da norma prevista no n. 1, do art. 282, a Constituição de Portugal prevê mecanismos para suavizar os efeitos da inconstitucionalidade, conforme se extrai do art. 04, do art. 282, em que confere ao tribunal poderes para restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por razões de equidade, segurança jurídica ou interesse público de excepcional relevo. Dada a importância deste dispositivo para o estudo das decisões intermédias em Portugal, ele será melhor analisado nos próximos capítulos.

Sobre os critérios de nomeação dos seus membros, percebe-se que o ordenamento jurídico português conferiu ampla participação dos órgãos de representatividade política no processo de nomeação. Nos termos do artigo 222, da CRP, o Tribunal é composto por treze juízes, sendo dez deles designados pela Assembleia da República, enquanto que três deles são cooptados pelos próprios membros do Tribunal. Além disso, seis dos juízes do Tribunal são escolhidos entre juízes dos restantes dos tribunais, enquanto os demais são entre juristas.

A escolha da maior parte dos membros pela assembleia legislativa tem o condão de conferir certa representatividade dos matizes políticos dentro do Tribunal e de exigir um compromisso entre os partidos com assento na assembleia³³. De outro lado, a nomeação de 3 (três) membros por cooptação dos demais juízes do Tribunal é visto como um elemento para reforçar o equilíbrio de forças dentro da instituição, sendo uma importante manifestação de independência dos seus juízes³⁴.

2.2. Supremo Tribunal Federal brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro, mormente após a Constituição de 1988, conferiu uma gama de meios para a realização de controle de constitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal e aos demais órgãos jurisdicionais, sendo aquele o órgão de cúpula do Poder Judiciário. No Brasil, também há um sistema misto de constitucionalidade, com a convivência

³² MIRANDA, Op cit., p. 76.

³³ CORREIA, Op. cit., p.154.

³⁴ SERRASQUEIRO, Mafalda - O tribunal de Schrödinger, p. 120.

do sistema difuso de controle com um sistema concentrado pelos tribunais de cúpula de cada uma das esferas políticas (STF no plano nacional, tribunais de justiça no âmbito dos Estados-membros).

Além desses dois mecanismos de fiscalização da inconstitucionalidade da lei e atos normativos, o ordenamento jurídico brasileiro também conta com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em que o Tribunal, quando constata omissão do órgão legislativo, o notifica sobre a situação de mora legislativa, bem como do dever de legislar sobre tal matéria.

No tocante à omissão inconstitucional, também há ação específica disponível ao indivíduo, o Mandado de Injunção, que tem por finalidade obrigar a autoridade competente a editar norma, sempre que sua falta, inviabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Muitos autores defendem que o mandado de injunção é um remédio com função de controlar as omissões inconstitucionais, o que, em certo aspecto implica no exercício da jurisdição constitucional.

Por sua vez, no âmbito da fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por ação, o direito brasileiro prevê mais de um instrumento, são eles: a Ação direta de inconstitucionalidade – ADI (art. 102, I, a); a Ação Declaratória de constitucionalidade – ADC (art. 102, I, a) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, § 1º).

Nos termos do art. 102, § 2º, da CF, as decisões proferidas nas ADIs e nas ADCs produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração de todas as esferas. Embora não expressamente previsto, entende-se que a decisão nas ações de inconstitucionalidade ou constitucionalidade são ambivalentes³⁵, isto é, a rejeição da primeira implica na declaração da constitucionalidade da lei, enquanto que a rejeição da segunda conduz ao reconhecimento da inconstitucionalidade do ato normativo. O sistema constitucional brasileiro destoa do sistema português, na medida em que a rejeição do pedido de inconstitucionalidade da lei implica na declaração da constitucionalidade da norma, com consequente atribuição dos efeitos vinculantes e de eficácia geral contra todos (*erga omnes*)³⁶.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira - Jurisdição Constitucional, p. 358.

³⁶ Lênio Streck critica a atribuição de eficácia declaratória na rejeição do pedido de inconstitucionalidade, atribuindo-lhe a mesma eficácia vinculatória da declaração de inconstitucionalidade. A ambivalência das decisões no controle de constitucionalidade criam situação problemática em que determinado grupo político proponha uma ação de controle, fatalmente fadada ao insucesso, apenas para garantir a declaração de constitucionalidade da norma impugnada, com efeito *erga omnes* e vinculante. Salaria que o ideal é uma aplicação restritiva dos dispositivos legais que tratam dos efeitos na declaração de constitucionalidade. Afinal,

Quanto ao momento de início dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade, apesar de não haver norma expressa nesse sentido, entende-se que eles atingem a norma desde o seu nascimento. Tal como tradicionalmente defendido nos EUA, Alemanha e também em Portugal, a norma inconstitucional não pode ter qualquer eficácia, sob pena de se violar a Constituição e a sua supremacia perante os atos normativos.

Contudo, dada a dureza dessa regra e também pela necessidade jurídica e política de se restringir os efeitos da decisão em situações extremas, a Lei 9.868/99, em seu art. 27, e a Lei 9.882/99, em seu art. 11, preveem a possibilidade de limitação da declaração de inconstitucionalidade, a chamada modulação dos efeitos. A partir destes dispositivos, o Tribunal, por decisão de maioria de dois terços de seus integrantes, poderá restringir os efeitos da declaração ou fixá-la em outro momento, inclusive após o trânsito em julgado da ação, nos casos em que constatada razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Nota-se aqui que o sistema brasileiro difere do português, na medida em que permite ao Tribunal a fixação dos efeitos da inconstitucionalidade, mesmo após a publicação do acórdão.

No tocante à composição do Tribunal, o cargo de ministro do STF e o seu critério de escolha espelha-se no direito norte-americano. O cargo de ministro é vitalício, porém há a previsão de aposentadoria compulsória aos 75 anos. Os juízes são nomeados pelo Presidente da República, dentre cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada (art. 101, caput), nomeação esta que é submetida a apreciação do Senado Federal, que deverá aprovar o nomeado por maioria absoluta (art. 101, parágrafo único).

A submissão da nomeação pelo Senado é uma forma de garantir a apreciação e controle deste ato pelo Poder Legislativo, conferindo assim maior legitimidade democrática aos membros da Corte. Ademais, a vitaliciedade do cargo é uma forma de garantir a independência do membro da corte, que poderá atuar no Tribunal por anos a fio, inclusive após o governo que lhe nomeou para o cargo.

3. Da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade das leis

A ideia de supremacia e da rigidez da Constituição conduz à necessidade da criação de mecanismos para garantia da regularidade das normas a ela subordinadas. Como apontado, os dois modelos acima descritos foram implementados por vários países do mundo, notabilizando a jurisdição constitucional como um dos principais modelos de controle de constitucionalidade das leis.

quando o tribunal rejeita uma ação de inconstitucionalidade, ele apenas rejeita um dos sentidos atribuídos pelo autor, a despeito de a norma ter potencial para comportar diversos outros sentidos. Assim, o ideal é que não houvesse a vinculação na decisão de rejeição do pedido de declaração de inconstitucionalidade. Cf STRECK, Lênio Luiz - Jurisdição constitucional, p. 500-7.

A expansão dos tribunais constitucionais, todavia, não deixou de levantar questões sobre a legitimidade democrática desse instituto. Afinal, os juízes dos tribunais constitucionais não se submetem ao processo eletivo, tal como os representantes do poder legislativo e executivo, nem possuem responsabilidade política por suas decisões, já que, no geral, possuem mandato que lhe conferem estabilidade.

Em razão disso, questiona-se como se considera legítimo que um órgão, cuja composição não se submeteu à vontade popular, possa ter o poder de anular as leis produzidas pelo órgão cujos representantes foram eleitos pelo povo. É o que se denomina de dificuldade contramajoritária³⁷.

A questão se mostra mais sensível quando a anulação recai sobre normas bastante controversas, em que houve grande mobilização da opinião pública sobre o tema, com posições firmes e apaixonadas sobre seu conteúdo. A controvérsia se apresenta mais evidente ante a possibilidade de que uma lei aprovada por larga maioria no parlamento possa ser anulada por uma apertada diferença de votos no tribunal constitucional³⁸.

O problema da legitimidade democrática do controle judicial da constitucionalidade é denominado por Cappelletti de “formidável problema”, que levanta questões sobre se há legitimidade em que juízes não eleitos pelo povo possam preencher os recipientes vazios de conceitos normativos vagos, como liberdade, igualdade, sensatez e devido processo legal, pela sua própria hierarquia de valores ou predileções pessoais³⁹.

O autor considera que não há uma resposta clara para este problema, porém já adianta que não se mostra oportuno o estabelecimento de uma resposta no plano abstrato para determinar os limites do exercício legítimo do controle de constitucionalidade⁴⁰. A análise da

³⁷BARROSO, Luis Roberto - O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 367.

³⁸ Exemplo dessa situação é o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983/CE, em que se declarou a inconstitucionalidade da Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que permitia a realização da vaquejada como atividade desportiva, sob o fundamento de se tratar de prática cruel contra os animais, malferindo então o art. 225, § 1º, VI, da Constituição Federal, que veda a prática de atividades que submetam os animais à crueldade. A Vaquejada é definida na própria lei como o evento no qual uma “dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo”. A referida declaração de inconstitucionalidade se deu por maioria apertada, de apenas 06 votos contra 05 votos pela manutenção da lei (julgamento ocorrido em 06/10/2017). A despeito da declaração da inconstitucionalidade, a questão da manutenção da prática ainda persistiu, tanto que o congresso nacional, em 06/06/2017, editou emenda Constitucional n. 06, acrescentando ao art. 225, da Constituição Federal o parágrafo 7º, em que ressalva o art. 225, § 1º, VI, da CF, para não considerar cruéis as práticas desportivas com animais, que sejam manifestações culturais, “devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”. Além disso, em novembro de 2016, foi editada a Lei n. 13.364/16, que elevava a Vaquejada à condição de manifestação cultural nacional, realizando a regulamentação de sua prática. Posteriormente, a Lei 13.873/19 alterou a citada norma para incluir novas disposições sobre a prática da vaquejada, dentre as quais a utilização de protetor de cauda para os bovinos utilizados na prática. O STF ainda não se manifestou sobre a emenda constitucional, nem sobre as duas referidas leis.

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro - El formidable problema del control judicial y la contribucion del analisis comparado, p. 61.

⁴⁰ CAPPELLETTI, Op. cit., p. 62.

legitimidade do controle só poderá se dar de maneira relativa, dada as variáveis contingentes que cercam o tema, como a história, tradições, aspirações dessa sociedade, suas estruturas e processos políticos. Assim, aposta num método comparativo para análise da jurisdição constitucional⁴¹.

Segundo Enterría, a interpretação do juiz sempre implica no aporte de valores próprios na construção da norma jurídica, não sendo possível uma solução diferente. Isso porque o Direito não se limita apenas ao texto da Lei, mas possui toda uma textura de princípios e conceitos capazes de lhe dar vida própria. Essa situação não implica na conclusão de que haja uma livre criação normativa pelo juiz, a despeito de seu papel inovador, notadamente porque não o seu exercício não decorre de usurpação do poder, mas do uso ordinário de técnicas jurídicas⁴².

De outro lado, John Ely reconhece que o poder de uma maioria dentro de uma sociedade democrática não pode ser ilimitado, que ele deve sofrer algumas restrições. Entretanto, conclui que seria um grande salto lógico achar que a solução para o perigo decorrente de uma maioria completamente livre seja a da possibilidade de imposição de uma assim chamada Constituição “não escrita”, por autoridades não eleitas⁴³. O autor em sua teoria expõe o problema da ausência de legitimidade democrática na ação dos juízes em inserir suas preferências pessoais e seus conteúdos morais nas interpretações dos dispositivos constitucionais.

A questão da legitimidade da jurisdição constitucional é bastante sensível, posto que a atividade de controle corriqueiramente interfere na atividade legislativa, isto é, nas escolhas feitas pelos representantes eleitos pelo povo. Além disso, não se deve descurar do enorme risco de que o tribunal, ao tomar determinada decisão, definir o conceito e extensão de determinada disposição constitucional, acabe por inserir as preferências pessoais do julgador na interpretação das normas jurídicas, preterindo a concepção do legislador sobre o tema, ainda que não seja flagrantemente em desconformidade com o texto⁴⁴.

⁴¹ CAPPELLETTI, Op. cit., p. 63-64.

⁴² ENTERRIA, Eduardo García - La posición jurídica del tribunal constitucional em el sistema español, p. 119.

⁴³ ELY, John Hart – Democracia e desconfiança, p. 13.

⁴⁴ Jeremy Waldron apresenta a ideia do desacordo moral como tema relevante das questões políticas em sociedades complexas. Para o autor, sempre haverá um desacordo das forças sociais sobre questões relevantes e em face desse desacordo, as instituições políticas são chamadas para resolução dos conflitos. O desacordo está presente sobre o significado dos direitos, sobre quais os direitos estão/serão positivados e, inclusive, sobre a aplicabilidade desses direitos no caso concreto. Ainda que tomada a melhor decisão possível, o desacordo moral sempre persistirá, pois as instituições políticas não o solucionam, mas apenas resolvem a questão com autoridade.

Para o autor, a questão do desacordo leva à discussão sobre a legitimidade da revisão judicial. Muito se defende que os tribunais seriam o meio apropriado, racional, para deliberar sobre a justiça da legislação, enquanto que o sistema legislativo seria arbitrário, posto fundado apenas no sistema majoritário. Contudo, a questão do desacordo moral também se faz presente nos processos decisórios dos tribunais, que, em última instância,

Desta feita, ainda que se reconheça como legítima a atividade de controle, sempre se deve pontuar o risco de que, sob a alegação de se realizar a fiscalização da constitucionalidade, o tribunal acabe por assumir funções que caberiam ao legislador, malferindo assim o princípio da separação dos poderes. Assim, ante a importância do tema, convém discutir alguns conceitos que permeiam a ideia da legitimidade democrática dos órgãos de fiscalização da constitucionalidade das leis.

3.1. Democracia (princípio democrático) e constitucionalismo

A democracia traduz a ideia de que as normas estatais e os atos de governo devem ser produzidos a partir da manifestação da vontade dos cidadãos. É o regime de governo que prima pela liberdade do indivíduo, sendo esta entendida como autodeterminação política, isto é, a submissão do cidadão às normas que manifestou sua concordância⁴⁵. Contudo, submeter-se somente a sua própria vontade seria possível unicamente em uma sociedade quando houvesse a unanimidade nas decisões sobre determinado tema, fato que se mostra bastante improvável.

O princípio majoritário desponta nesse contexto como forma de viabilizar a democracia, uma vez que, ante a impossibilidade de decisões unânimes, pelo menos o maior número de cidadãos devem estar de acordo com as normas produzidas. Nesse novo contexto, a ideia de democracia se contenta com o princípio majoritário, pois este também carrega em si a ideia de liberdade, pois cada norma estará em desconformidade com a vontade do menor número possível de pessoas. Em suma, o sistema democrático deve ser o menos heterônomo possível aos seus súditos⁴⁶.

As democracias parlamentares surgidas na Inglaterra e na França nos séculos XVII e XVIII consolidaram a ideia da supremacia parlamentar. Nesses sistemas, a vontade do povo, devidamente representada no parlamento, seria um poder inquestionável dentro da ordem jurídica, sendo considerada infalível. Deste postulado exsurge a soberania do parlamento como ponto máximo dentro do sistema político, submetendo todos os demais órgãos⁴⁷.

acabam por decidir por votação, também pelo sistema majoritário. Nessa senda, se a decisão a respeito de uma questão sensível sempre recairá em um método majoritário, e mesmo assim ainda remanescerá o desacordo sobre a questão, cabe a discussão sobre qual deve ser o órgão apropriado para proferir a última palavra (Cf. WALDRON, Jeremy, apud, MENDES, Gilmar Ferreira - Controle de constitucionalidade e democracia, p. 83-86).

⁴⁵ Kelsen, Hans - A democracia, p. 140-41.

⁴⁶ Kelsen, Op. cit., p. 127-28.

⁴⁷ Na França, a figura dos juízes era vista com bastante desconfiança, em parte por sua indissociável relação com o antigo regime. Para o novo Estado revolucionário, os únicos poderes que interessavam era o de criar as leis e o de executá-las. Ao Judiciário se atribuía a simples tarefa de aplicar as leis, por mero silogismo. Nesse contexto, o juiz era visto como mera “boca da lei”. A tentativa de restrição à criatividade judicial era tamanha que os tribunais eram proibidos, inclusive, de realizar a interpretação da lei, devendo remeter tal questão ao parlamento, caso entendesse pela existência de dúvida na interpretação do dispositivo legal (Cf. STRECK, Op. cit., p. 53). Na Inglaterra, Edward Coke invocava um direito superior ao direito monárquico e estatutário, o direito da common

Por sua vez, o constitucionalismo traduz a ideia de que o poder estatal deve ser limitado, pois a experiência histórica demonstra uma tendência de que o poder ilimitado possa se converter em opressão. Trata-se de um conceito teórico (ideológico) que reputa o princípio de um governo limitado como indispensável para a organização político-social de uma determinada comunidade, traduzindo-se numa técnica específica de restrição do poder⁴⁸.

Num primeiro instante, a ideia do constitucionalismo aparenta colidir com o conceito de democracia, posto pretender a limitação da vontade soberana do povo, instrumentalizada pelas decisões do parlamento. Contudo, a história demonstrou que mesmo a maioria pode cometer abusos, o que provocou uma transformação desses conceitos, justificando a imposição de limitações também ao órgão de representação popular.

Todavia, o caminho da imposição de condicionantes até sobre a vontade do legislador não se deu de forma imediata. Até o fim da Segunda Guerra Mundial, com exceção dos Estados Unidos da América e na Áustria, os países da Europa continental consideravam suas constituições como meros documento de intenções políticas, sem efeitos vinculantes ao legislador⁴⁹. Tal ausência de limitações decorre do fato de que, dentro do ambiente europeu, ainda vigorava a ideia da supremacia da vontade do legislador.

Os horrores vivenciados em razão dos regimes fascistas, bem como os males causados pela segunda guerra mundial reforçaram a ideia de que o poder da maioria, representado pela vontade soberana do parlamento, não poderia ser absoluto. A imposição de freios às decisões do povo, como forma de proteger valores necessários à sobrevivência do regime democrático se mostrou necessária. Nesse novo contexto, democracia não é mais vista apenas como o regime que adota um sistema majoritário, ela exige mais que isso⁵⁰.

A simples votação majoritária, em seu aspecto formal, não é suficiente para sustentar um regime democrático, na medida em que, muito mais do que observar a vontade da maioria, a democracia exige a proteção de outros valores. Ela presume a existência de uma minoria, exige que essa minoria e seus valores possam coexistir com os valores da maioria. Exige

law. Segundo o jurista, o direito advindo da common law deveria se sobrepor, inclusive, às leis do parlamento, tanto que, na condição Presidente do Common Pleas (Tribunal de Petições Comuns), julgou o famoso caso *Bohnan*, oportunidade em que alegou que a common law controla os atos do parlamento, podendo até julgá-los nulos. Suas teorias permaneceram predominantes na Inglaterra até o advento da revolução gloriosa, quando então passou-se a predominar a ideia na Inglaterra da Supremacia do Parlamento. Contudo, tal teoria foi bastante difundida nos Estados Unidos, contribuindo para a consolidação da revisão judicial naquele país (Cf. STRECK, op cit., p. 17).

⁴⁸ Canotilho defende que não há um constitucionalismo, mas sim vários constitucionalismos (constitucionalismo inglês, francês e americano). Em verdade, haveria vários movimentos constitucionalistas com origem nacional, com alguns momentos de aproximação entre si, que forneceram uma complexa estrutura histórico-cultural. (CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 51).

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro - Repudiando Montesquieu? Expansão e legitimidade da “justiça constitucional”, p. 264-65.

⁵⁰ BREWER-CARIAS, Allan R - La justicia constitucional como garantia de la constitucion, p. 50.

também que haja um ambiente no qual seja possível a divergência, o florescimento de outras ideias, o direito de veicular novas ideias. A democracia exige a preservação e o respeito ao indivíduo. Nessa linha, conclui-se que a democracia também possui um conteúdo substancial, pois estes outros valores são essenciais para sua manutenção.

Nesse contexto, democracia e constitucionalismo se unem na ideia do Estado de direito democrático ou Estado constitucional de direito⁵¹. A Constituição se transforma no ápice do sistema, contendo em si uma listagem de direitos fundamentais de observância obrigatória a todas as autoridades estatais, inclusive ao legislador. A supremacia do parlamento dá lugar à supremacia constitucional⁵², que passa reger toda a vida política da sociedade, inclusive a atividade legislativa.

Jorge Miranda conceitua constitucionalismo como a teoria segundo a qual a maioria deve ser restringida para a proteção dos direitos individuais. Defende que os conceitos de democracia e Estado de Direito não se confundem, na medida em que, na história, foi possível verificar regimes democráticos sem Estado de Direito e também modelos deste Estado sem democracia (como na Alemanha do século XIX). Contudo, haveria uma postulação da democracia representativa pelo Estado de Direito, posto a necessidade de uma certa complexidade institucional e procedimental, além da exigência de direitos de fundamentais de participação política e da preservação da autonomia do indivíduo, valores estes que somente o Estado de Direito pode proporcionar. A democracia exige um quadro institucional em que haja a liberdade da vontade do indivíduo e que este tenha segurança e previsibilidade no futuro, não bastando uma mera coincidência entre a manifestação de vontade dos órgãos e a vontade popular manifestada nas eleições⁵³.

Como a Constituição passa a ser o ápice do sistema político de determinada sociedade, disciplinando a forma e o conteúdo para criação das normas, bem como estabelecendo deveres ao legislador no desenvolvimento da ordem jurídica, alguns mecanismos surgem para a sua preservação contra alterações indevidas e também para garantir a observância dessas normas pelos demais poderes, notadamente o parlamento e o governo.

Dentre esses mecanismos de proteção da Constituição, a jurisdição constitucional se afigura como um dos mais eficazes para fazer valer os pressupostos acima descritos. E, nessa linha, a sua legitimidade pode ser extraída da necessidade da existência de mecanismos de controle para preservação do equilíbrio entre democracia e princípio majoritário de um lado e do constitucionalismo e a preservação dos direitos fundamentais de outro. Nesse sentido, a

⁵¹ CANOTILHO, op cit., p. 97-98.

⁵² MOREIRA, Vital - Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade, p. 177.

⁵³ MIRANDA, Jorge - Juizes constitucionais e parlamentos, p. 119-20.

jurisdição constitucional é vista como um complemento da democracia, não o seu antagonismo⁵⁴.

Nas palavras de Cappelletti, essa mudança de um regime em que a Constituição é um mero documento de declaração para uma verdadeira norma vinculante pode ser denominado de uma verdadeira “revolução constitucional” e só ocorreu após dolorosas experiências de opressão causadas pelos poderes políticos, inclusive do próprio poder legislativo. Tal conceito veicula a ideia de que os direitos fundamentais constitucionais necessitam de uma máquina judiciária para se tornarem efetivos na sociedade, que seja independente do governo, acessível ao cidadão e capaz de restringir tal abuso⁵⁵.

Por sua vez, na visão de Otto Bachoff, em consideração à desconfiança do parlamento, o aumento de seu poder e os riscos de abuso no seu exercício, haveria a necessidade de um contrapeso, por meio de uma força que se preocupe que os valores fundamentais permaneçam protegidos. Essa contraforça deveria ser promovida por um órgão formado por juristas, ante a grande complexidade das questões a serem resolvidas nesta atividade de controle, e também deveria guardar independência do parlamento e governo, além de não poder ter qualquer tipo de comprometimento ou participação na legislação. Tal órgão, na verdade, se trata de um tribunal, visto ser um órgão composto por pessoas versadas em direito, independentes do governo e da atividade legislativa. Portanto, a força necessária para equilibrar o aumento do poder os órgãos eletivos estatais seria a de um juiz⁵⁶.

3.2. Legitimidade democrática indireta

A evolução do direito constitucional acabou por modificar a percepção sobre o conceito de democracia, que de um sistema puramente vinculado à vontade da maioria, se converteu em um regime de governo em que a formação da vontade estatal e as suas ações devem observar valores mínimos, imprescindíveis para a preservação das liberdades públicas, o que justificou a estruturação de sistemas de controle dos atos do legislador.

Contudo, o mero fato de o Estado democrático constitucional exigir mecanismos de controle para frear eventual vontade opressora dos órgãos estatais, não legitima, por si só, que um pequeno grupo de autoridades não eleitas pelo povo possua o poder de anular uma lei votada pela maioria de seus representantes eleitos. Deste ponto surge a questão: como considerar legítimo a existência de tal poder e sua compatibilidade com a democracia?

Uma resposta já anteriormente apresentada é a de que o princípio democrático comporta limitações na ordem jurídica sem que com isso se o considere violado. Exemplo

⁵⁴ AMARAL, Maria Lúcia - Jurisdição constitucional e princípio democrático, p. 355.

⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro - Repudiando Montesquieu? Expansão e legitimidade da “justiça constitucional”, p. 265.

⁵⁶ BACHOFF, Otto - Jueces y Constitución, p. 54.

disso, é a existência de alguns mecanismos constitucionais de limitação da vontade da maioria, como o quórum qualificado para a modificação da Constituição, impedimentos circunstanciais para a reforma, o estabelecimento de cláusulas pétreas sobre determinadas disposições constitucionais. O princípio democrático comporta condicionamentos e restrições pela própria vontade popular, não havendo qualquer contradição nisso.

A fiscalização da constitucionalidade das leis está expressamente positivada em diversas ordens constitucionais democráticas, as quais conferem ao Tribunal Constitucional ou a um órgão correspondente o poder de realizar o controle da constitucionalidade das leis. Deste modo, o poder de realizar o controle provém diretamente da Constituição. De outro lado, se a Constituição é a expressão de um compromisso do povo em fundar uma sociedade política organizada, e consiste na fonte do poder normativo dos órgãos democraticamente eleitos, ela também pode conferir poderes ao tribunal para exercer a função de controle da atividade dos órgãos eletivos.

Não há que se falar em violação do princípio democrático, uma vez que o poder de todos os órgãos de soberania, inclusive do Tribunal Constitucional, emanam da Constituição, de modo que estes devem ser interpretados como estando em patamar de igualdade. Logo, o controle da constitucionalidade das leis seria apenas mais uma das divisões previstas constitucionalmente das atividades dos órgãos estatais. Trata-se de mais um dos mecanismos do sistema de freios e contrapesos.

A ideia de uma Constituição rígida traz em si a distinção entre a vontade popular imbuída do poder constituinte e as maiorias eventuais necessárias para a edição das leis. A vontade externada pelo poder constituinte, geralmente reunido em momentos de grande efervescência política, prepondera sobre as maiorias formadas no cotidiano de uma determinada sociedade, justificando a limitação do poder de decisão desta. Nesse caso, apesar de não serem diretamente eleitos pelo povo para exercerem suas funções, os juízes dos tribunais constitucionais são considerados democraticamente legitimados para suas funções, pois recebem seus poderes diretamente da Constituição. A legitimidade democrática aqui se dá de forma indireta.

Jorge Miranda afirma que, do ponto de vista estritamente jurídico, a legitimidade do tribunal constitucional deriva da Constituição, e uma vez que esta se origina do poder constituinte democrático, também lhe pode conferir legitimidade democrática. Por sua vez, numa perspectiva substancial, a legitimidade da jurisdição constitucional deriva do fato de que a democracia postula a existência de uma maioria, mas também exige o respeito à minoria. O princípio da maioria não se conduz apenas a um aspecto negativo e formal de

igualdade na contagem dos votos, mas exige a afirmação positiva de concessão de igualdade a todos os cidadãos⁵⁷.

A legitimidade indireta dos juízes dos tribunais constitucionais também pode ser analisada sob outro aspecto, que é o seu processo de escolha. Os juízes são escolhidos por meio de um procedimento diverso do dos juízes de carreira, que normalmente são nomeados após um conjunto de provas realizadas pelo tribunal a que se vinculam. A escolha dos membros dos tribunais constitucionais se dá por um processo especial, no qual há a intervenção de mais de um órgão eleito democraticamente⁵⁸.

Os juízes não são eleitos diretamente pelo povo, mas o processo de escolha é permeado por ampla participação dos órgãos representativos, notadamente o parlamento. De certo modo, a intervenção parlamentar na definição dos membros do Tribunal Constitucional é uma forma de conferir ampla representatividade política à composição do referido órgão, reforçando-se assim sua legitimidade democrática.

Segundo Bachoff, o controle de constitucionalidade deve ser confiado a uma instância especial de julgamento e não aos tribunais ordinários. Isso porque essa instância requer pessoas com notória experiência em questões de direito e também de prática constitucional, experiências estas que um juiz ordinário não tem e nem poderá ter. Além disso, exige-se que esse tribunal constitua em um órgão com caráter totalmente representativo, que possa decidir com autoridade questões de grande repercussão política⁵⁹.

Maria Lúcia Amaral entende que a ausência de votação direta para os membros da Corte não tem o condão de retirar sua legitimidade, pois nas democracias constitucionais muitos dos temas não são decididos diretamente pela vontade popular, haja vista a existência de limitações decorrentes da união entre vontade popular e Estado de Direito. Conflitos dessa natureza são resolvidos por instituições que detém o logos, a racionalidade do direito, cabível à jurisdição constitucional, órgão com legitimidade indireta e que não presta contas ao titular da soberania⁶⁰.

Vitalino Canas considera importante que o Tribunal Constitucional sempre esteja submetido a alguma forma de escrutínio democrático, com uma forma, ainda que mínima, de responsabilidade perante os cidadãos e os demais órgãos. Sobre o controle democrático do tribunal, entende que ele perpassa pelo modo como são escolhidos os membros, pela construção de um modelo democrático-pluralista às discussões internas do tribunal, pela

⁵⁷ MIRANDA, Jorge - Juízes constitucionais e parlamentos, p. 121-22.

⁵⁸ FAVOREU, Louis – Op. cit., p. 29; CANOTILHO, Op. cit., p. 682.

⁵⁹ BACHOFF, Op. cit., p. 55.

⁶⁰ AMARAL, Op. cit., p. 355.

fundamentação das decisões, discussão pública de suas decisões, e que também suas decisões não sejam consideradas intocáveis ou insindicáveis⁶¹.

Jorge Miranda considera que o fato de os juízes do Tribunal Constitucional serem escolhidos pelo parlamento não conduz à interpretação de que a “criatura fiscaliza o criador”, pois os membros do tribunal não são representantes daqueles que os escolhem, são independentes e não estão sujeitos a nenhum vínculo representativo. Justamente por serem escolhidos pelas autoridades eleitas que eles podem invalidar os atos com força de lei, visto que a origem deles, por via indireta, é a mesma da dos titulares dos órgãos políticos, razão pela qual devem se fazer por eles acatar⁶².

Nesse contexto, a escolha dos juízes constitucionais sempre é cercada de um processo bastante politizado, com grande participação dos órgãos eleitos. Em especial no parlamento, o processo de escolha dos membros do tribunal, por exigir uma maioria qualificada, traduz num compromisso entre os diversos espectros políticos para viabilizar a nomeação do membro da Corte⁶³.

Luiz Nunes Almeida defende que a nomeação dos juízes constitucionais perpassa por um processo politizado, o que não pode ser interpretado como um processo partidarizado. Em razão disso, entende ser imprescindível a existência de representatividade dentro do tribunal, o mais paritária possível, dentre juízes com formação cultural e ideológica diversa, haja vista que, em uma sociedade plural como a nossa, a composição do tribunal deve refletir o máximo possível, de forma equilibrada, os diversos componentes sociais⁶⁴.

Em alguns países, a exemplo de Portugal, o cargo de juiz do tribunal é de provimento temporário, de forma que os seus membros apenas cumprem um mandato por prazo determinado. Tal disposição tem um importante papel de promover a frequente renovação dos quadros do tribunal, possibilitando aos órgãos com legitimidade direta promoverem novo processo de escolha de seus membros, assumir novos compromissos para sua definição.

⁶¹ CANAS, Vitalino - Os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional, p. 227.

⁶² MIRANDA, Op. cit., p. 123.

⁶³ MIRANDA, Op. cit., p. 126. Jorge Miranda critica o fato de que, em Portugal, não haja participação do Presidente da República no processo de nomeação dos juízes do tribunal constitucional, alegando haver uma manifesta quebra do princípio democrático e desvio no sistema de governo semipresidencial previsto na Constituição. Além disso, justifica que as correntes jurídico-políticas presentes na sociedade não se esgotam na representatividade do parlamento, notadamente em seus dois grandes partidos. Por sua vez, Luis Nunes de Almeida se manifesta contrariamente a tal proposta, sob o argumento de que, para Portugal, seria mais apropriado para a garantia da independência dos juízes do Tribunal Constitucional que não houvesse uma relação pessoal entre nomeante e o juiz nomeado. No caso de nomeações exclusivamente pelo parlamento, dada a forma do seu procedimento, evita-se muito a relação pessoal entre o juiz e quem o designou, fato que não ocorreria com a nomeação pelo Presidente da República. Cf. ALMEIDA, Luiz Nunes - Da politização à independência, in: Legitimação e legitimidade, p. 251.

⁶⁴ ALMEIDA, Op. cit., p. 252. No mesmo sentido: TAVARES, Teoria da Justiça Constitucional, p. 381-82.

Também há de se ressaltar que a atribuição de um mandato com razoável prazo de duração, aliada ao fato de não se permitir a recondução do juiz, são elementos que reforçam sua autonomia. O longo período do mandato garante sua estabilidade junto à Corte, sem a necessidade de buscar a aprovação de outros órgãos ou das pretensas autoridades nomeantes, enquanto que a impossibilidade de renovação do mandato impede que ela possa significar um prêmio ou punição pelo papel anteriormente desempenhado pelo juiz⁶⁵.

Muito embora não sejam eleitos diretamente pelo povo, o processo de provimento do cargo, em geral, é altamente politizado, se submete à manifestação de vontade de representantes eleitos, e muitas vezes, de um consenso parlamentar. Deste modo, também neste aspecto, a despeito de não serem eleitos, os juízes do TC são considerados legítimos, pois: a) o cargo por eles ostentados possui previsão constitucional, que lhes confere poderes para o controle de constitucionalidade das leis; b) o processo de escolha dos magistrados é marcado pela intervenção dos representantes eleitos pelo povo, que, através do consenso, realizam a escolha dos juízes.

Todavia, a despeito de sua importância, a simples previsão constitucional dos poderes do tribunal não é apontado pela doutrina como motivo suficiente para manutenção da legitimidade democrática do tribunal, uma vez que ainda remanesce o potencial de o tribunal interferir nas decisões dos órgãos eletivos. Além disso, dada a tenuidade da linha que separa a função de controle da invasão das funções legislativas, outros elementos devem se somar à previsão constitucional para garantir a legitimidade do órgão fiscalizador.

3.3. O tribunal constitucional como legislador negativo

Ao delinear os conceitos básicos do seu modelo de jurisdição constitucional, Kelsen estabelece o conceito do legislador negativo, termo criado para definir os limites do exercício das funções do Tribunal Constitucional. O referido conceito assume função relevante em sua teoria, pois tem como finalidade a preservação do princípio da separação dos poderes e a garantia da autonomia do parlamento, órgão de representação popular por excelência.

O tribunal, assim como outros órgãos estatais, possui competência para criação de normas, porém, ao contrário da jurisdição ordinária, que tem o papel de criar normas para o caso concreto, aquele tem a função de criar normas de caráter geral e abstrato, consistente na anulação dos atos do legislador. Suas decisões afetam a todos os cidadãos, não somente os demandantes de um determinado processo judicial.

⁶⁵ ALMEIDA, op. cit, p. 254.

Nessa linha, a função do tribunal na teoria kelseniana é considerada como função legislativa, já que implica na produção de normas gerais e abstratas⁶⁶, porém tal atividade difere da elaboração das leis pelo parlamento. Isso porque a atividade parlamentar é dominada por considerações de caráter eminentemente político, sendo suas decisões fruto da conformação das diversas forças que o compõem. Não se pode olvidar que, dada a pluralidade dos grupos políticos representados no órgão legislativo, muitas das decisões ali tomadas dependem de concessões realizada entre eles, levando-se em conta interesses de caráter econômico, social e até mesmo jurídico destes. Por sua vez, na atividade de anulação de leis, tais considerações estariam praticamente ausentes⁶⁷.

De outro lado, o jurista considerava que o papel criativo no tribunal Constitucional deveria ser bem mais restrito que o do parlamento. A Constituição, em geral, somente vincula o legislador ao procedimento a ser adotado na elaboração de leis, não restringindo ou determinando o conteúdo de sua atividade. Em caráter excepcional, quando há determinação de conteúdo, esta limitação se dá por diretivas ou princípios gerais. Já a atividade do tribunal constitucional seria totalmente determinada pela Constituição, em conteúdo e forma. A anulação de leis, para Kelsen, seria essencialmente uma atividade de aplicação da Constituição, com restrito papel criativo⁶⁸.

Kelsen rebate as críticas feitas ao tribunal constitucional de ser uma instituição violadora da separação dos poderes. Argumenta não vislumbrar essa alegada invasão dos poderes do legislador, na medida em que a atividade legislativa do tribunal se limitaria a

⁶⁶ O conceito da função do tribunal constitucional como uma atividade legislativa é bastante criticado pela doutrina. Jorge Miranda, por exemplo, não adere a tal entendimento, posto considerar que toda a atividade do tribunal se dá em aplicação da Constituição e os poderes do alegado legislador negativo estão completamente definidos (Cf. MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional, p. 61-62). Do mesmo modo, Rui Medeiros considera duvidosa a alegação de que a atividade do tribunal seja de legislação negativa, pois o mesmo paralelo não se adota quando um tribunal anula um regulamento ou um contrato a ponto de designá-los como imbuídos de um poder regulamentar ou contratual negativo. O terreno da jurisdição somente poderia ser abandonado quando há uma liberdade de apreciação dos pressupostos e uma discricionariedade do modo como se realiza a conformação. Além disso, a atividade não pode ser considerada como legislativa, pois esta sempre tem conteúdo criador, positivo, enquanto que a declaração de invalidade é puramente negativa, com propósito cassatório (CF. MEDEIROS, Rui - A decisão de inconstitucionalidade – p. 802-03). Omatti não considera possível a aplicação da ideia do mito do legislador negativo ao STF, na medida em que, se o tribunal atuasse como legislador negativo, suas decisões teriam apenas efeitos prospectivos, porém não é o que se vê em suas decisões, onde há a completa destruição dos efeitos da norma desde sua origem (OMMATI, José Emílio Medauar - Do legislador negativo ao legislador positivo, p. 59).

⁶⁷ Segundo Kelsen, a atividade legislativa se configuraria pela produção de normas gerais e abstratas, enquanto que a atividade executiva seria a de criação de normas individuais e concretas, em aplicação das normas gerais e abstratas já existentes. A função executiva caberia ao executivo e ao judiciário. Neste sentido, do ponto de vista funcional, também se consideraria como atividade legislativa a criação de normas gerais e abstratas pelo Poder Executivo e Judiciário. Para Kelsen seria um erro dizer que a criação de normas gerais pelo Poder Executivo decorreria do exercício da atividade executiva, ou a criação de normas gerais pelo Poder Judiciário decorreria da atividade jurisdicional. Em verdade, ambas seriam o exercício de atividade legislativa, tal qual ordinariamente desempenhada pelo Poder Legislativo. Neste sentido, confira KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado, p. 366-367.

⁶⁸ KELSEN, Hans - Jurisdição constitucional, p. 153.

anulação de leis desconformes com a Constituição, por meio da edição de outra norma de caráter geral, cujo conteúdo seria meramente cassatório. Nesse sentido, o tribunal constitucional teria o papel de um legislador com o sinal invertido, isto é, de um legislador negativo⁶⁹.

O tribunal constitucional não invadiria as competências próprias do legislador ordinário, pois atuaria somente na função de controle da regularidade dos atos estatais, não havendo antagonismo ou concorrência entre os órgãos. Considera existente uma repartição da atividade de elaboração de normas em caráter geral entre dois órgãos distintos (legislativo e tribunal constitucional), cabendo ao primeiro a criação de normas gerais, enquanto ao segundo caberia o controle de regularidade de tais normas, por meio de outra norma de caráter geral (norma anulatória)⁷⁰.

O jurista vienense esclarece que o princípio da separação dos poderes, em verdade, teria a função precípua de manter o equilíbrio constitucional, já que estabelece a divisão do poder de produzir normas entre diversas instituições, permitindo o seu controle recíproco e também impedindo a concentração de poderes em apenas uma delas. A criação de um tribunal constitucional possibilitaria o controle da regularidade das instituições, pois impediria o legislador ordinário e a administração pública de extrapolarem os limites estabelecidos pela Constituição. Assim, por contribuir para esse funcionamento regular das atividades estatais, ele seria na verdade uma forma de afirmação do princípio da separação dos poderes⁷¹.

Ressalte-se, porém, que Kelsen tinha uma visão bastante restrita da extensão da atividade de controle de constitucionalidade pelo tribunal constitucional, pois se mostrava contrário a utilização de normas de caráter suprapositivo como parâmetros de controle da constitucionalidade das leis, a exemplo do direito natural ou ainda princípios de caráter abstratos, ainda que incorporados à Constituição⁷².

Entendia que a utilização de princípios abstratos pelo tribunal poderia representar algo extremamente perigoso. Disposições constitucionais vagas, sem um conteúdo jurídico definido, tal como normas que conclamassem a observância da justiça, equidade, moralidade, e outros conceitos indeterminados, poderiam ser utilizadas indevidamente pelo tribunal para o controle de uma lei (a exemplo da anulação de uma lei por ser injusta). A utilização de tais valores indefinidos seria simplesmente insuportável, já que possibilitaria a indevida substituição da vontade do parlamento e eventual concepção de justiça por ele positivada (considerando que este é o órgão de representatividade da população) pela concepção de

⁶⁹ Kelsen, Op. Cit, p. 152.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Kelsen, Op. Cit, p. 151.

⁷² Kelsen, Op. cit, p. 167-168.

justiça de um órgão arbitrariamente constituído (com composição segundo critérios diversos do da representatividade popular)⁷³.

Portanto, não se mostraria politicamente conveniente permitir o deslocamento do poder de decisão e concretização da Constituição por esses meios, mormente pela subtração, por via transversas, do poder decisório do órgão com representatividade popular. Para Kelsen, a Constituição que disponha sobre a existência de um tribunal constitucional deveria se abster da utilização de “fraseologias deste gênero” (justiça, equidade, moralidade), e, caso as utilizasse, deveria formulá-los de forma mais precisa possível⁷⁴.

A teoria do legislador negativo estabelece limites para atuação do tribunal constitucional, que deve se restringir à atividade de controle e manutenção da regularidade do sistema jurídico, não podendo substituir as escolhas do legislador ou em decisões discricionárias de competência do governo. Em suma, podemos concluir que, para Kelsen, a atividade do tribunal constitucional seria apenas o da exclusão de normas inconstitucionais do mundo jurídico, sem atribuir-lhe um papel criativo relevante como o do legislador. Além disso, os parâmetros de controle deveriam ser bastante claros e definidos, evitando-se assim que o tribunal constitucional pudesse anular leis com base em escolhas valorativas de seus juízes.

3.4. Autocontenção (*self restraint*)

Na mesma linha da ideia do legislador negativo, considerando o risco de que a anulação das normas possa representar verdadeira interferência indevida na atividade do legislador, exige-se do tribunal constitucional autocontenção no exercício de suas funções de controle⁷⁵.

A origem da expressão, apesar de não possuir um significado unívoco, é atribuída ao *Chief Justice Stone*, que em voto vencido no caso *United State vs. Butler*, mencionou que o poder de declaração da inconstitucionalidade das leis estava submetido a dois princípios básicos: aos tribunais apenas caberia verificar a aplicabilidade das leis, não sua sabedoria; e a outra é a de que, enquanto outros poderes tem a sua atuação inconstitucional fiscalizada pelo Poder Judiciário, os tribunais somente teriam como meio de controle o sentimento de autocontenção do próprio julgador⁷⁶.

⁷³ A concepção que a maioria dos juízes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição ao da maioria da população, confrontando a concepção adotada pela maioria do Parlamento que votou a lei.. KELSEN, Op. cit, p. 169.

⁷⁴ KELSEN, Op. cit, p. 170.

⁷⁵ No geral, a ideia da autocontenção dos tribunais é apresentada em oposição ao chamado ativismo judicial, conceito este que iremos melhor discorrer no último capítulo dessa dissertação, quando trataremos dos limites do exercício da jurisdição constitucional, notadamente com o uso das decisões intermédias.

⁷⁶ URBANO, Maria Benedita - Curso de justiça constitucional, p. 154.

O fundamento para a autocontenção é o fato de que, como o papel de desenvolvimento da ordem jurídica compete ao legislador, sucessivas intervenções do tribunal em suas escolhas poderia representar uma intervenção indevida em suas atividades, malferindo então o princípio da separação dos poderes. A autocontenção judicial não implica na completa ausência da criatividade dos juízes no momento da interpretação das normas, o que soaria impossível de ocorrer. Defende-se, porém, que a atividade criativa deve-se manter dentro de limites razoáveis e aceitáveis, sem implicar na invasão das competências do poder legislativo⁷⁷.

Nessa linha de intelecção, a postura adequada do tribunal é a de decidir de forma mais restrita na extensão da interpretação das normas, sempre em posição deferente ao legislador, respeitando as decisões políticas cabíveis a ele. Em suma, no caso de dúvida sobre a constitucionalidade de determinada lei, deve o tribunal primar pela sua preservação, adotando uma postura de autoinibição. Nesta medida, não cabe ao tribunal tomar as decisões políticas que caberiam ao legislador⁷⁸.

A despeito do acolhimento deste valor pela doutrina, o grau de autocontenção do tribunal constitucional é influenciado pela estrutura da Constituição utilizada como parâmetro de controle. Estados cujas constituições foram editadas após a Segunda Guerra Mundial, no geral, são bastante analíticas, prevendo uma listagem de direitos fundamentais, disposições sobre matérias de caráter coletivo, regulamentações na área econômica, ambiental, além de também prever disposições de caráter social, que muitas vezes exigem prestações positivas pelo Estado⁷⁹.

Nesses modelos constitucionais, a autocontenção se mostra bastante difícil, posto que o Tribunal Constitucional é chamado para a resolução dos mais variados conflitos existentes na sociedade. Toda e qualquer modificação legislativa ou regulação de algum aspecto da vida dos cidadãos é passível de ser levado ao tribunal, pois, de alguma maneira, tal questão está constitucionalizada. Além disso, dada a existência de previsão de obrigações positivas pelo Estado, não é incomum também que a Corte constitucional seja chamada para resolver questões relativas à omissão na execução de políticas públicas, ou então em analisar a insuficiência de determinado programa de governo para promoção de direito fundamental⁸⁰.

⁷⁷ URBANO, Op. cit., p. 155.

⁷⁸ ABELLAN, Marina Gascón - La justicia constitucional, p. 68.

⁷⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira - Jurisdição constitucional e política, p. 155

⁸⁰ A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 196 que a saúde é “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Várias ações foram ajuizadas no Poder Judiciário brasileiro com o intuito de obrigar os entes públicos a fornecerem determinado medicamento, sejam aqueles que, a despeito de previstos em programas governamentais, estavam em falta para imediata dispensação, ou mesmo os não listados nos respectivos programas, mas que eram

Maria Urbano pontua que nos últimos duzentos anos é possível verificar um verdadeiro giro copernicano na compreensão e conceituação da Constituição. De uma norma marcadamente organizatória e procedimental, as normas constitucionais passaram a acolher um forte componente material e reconhecida como fonte direta de direitos fundamentais. Aponta que a acentuação deste último elemento acabou por obnubilar a sua dimensão político institucional, estabelecendo uma confusão entre Constituição e direitos fundamentais⁸¹.

Em suma, a despeito de se exigir do Tribunal Constitucional uma postura de autocontenção e respeito à decisão do legislador, tal valoração deve ser feita à luz da estrutura constitucional que serve de parâmetro para sua decisão. Portanto, não há uma resposta pronta e acabada sobre esses limites, sendo que as restrições à intervenção do tribunal dependerão da amplitude do parâmetro utilizado para controle da norma.

Bachoff defende que os tribunais constitucionais devem, no exercício de sua atividade interpretativa, definir o sentido do texto constitucional, porém nunca modificá-lo. Desta maneira, o órgão preservaria suas funções como órgão de controle, ao invés de ostentar a pecha de um pretense senhor da Constituição.

Estabelece alguns critérios que devem ser observados pelo tribunal como limites dessa autocontenção: 1) Os tribunais partem do pressuposto que, em dúvida, a lei deve ser consideradas constitucionais; 2) os objetivos políticos de uma norma não podem ser questionados pelo tribunal no que toca à sua eficiência e oportunidade, isto é, não cabe ao tribunal avaliar se a legislação é a melhor que atende sua finalidade; 3) as decisões do legislador contém em sua base um critério de valoração, não cabendo ao tribunal corrigi-lo e eventuais questionamentos somente são possíveis quando houver desconformidade com a ordem constitucional; 4) do mesmo modo, não deve o tribunal corrigir os prognósticos adotados pelo legislador, salvo quando manifestamente errôneos; 5) o tribunal deve adotar uma postura consequencialista em suas decisões, a exemplo da atribuição de efeito para o futuro da decisão⁸².

Para Stark, as normas constitucionais devem ostentar um elevado grau de positividade e clareza para se tornarem medida para o Tribunal Constitucional, que deverá adotar uma interpretação moderada e disciplinada, considerando-a uma lei suprema que estabelece

apontados pelas partes como imprescindível para seu tratamento. Conforme relatório do CNJ, entre os anos de 2015 a 2020, mais de 1 milhão de ações sobre o tema de dispensação de medicamentos foram judicializadas (Cf. CNJ, Judicialização e sociedade, p. 79). Em razão disso, diversas questões sobre o tema foram levadas ao STF, a exemplo da questão a) da obrigação do Estado em fornecer medicamentos experimentais (RE 657718, julgado em 22/05/2019); b) dever do Estado em fornecer medicamentos de alto custo a portador de doença grave (RE 566471, com repercussão geral reconhecida, porém ainda não julgado); c) sobre a solidariedade dos entes públicos no fornecimento dos medicamentos (RE 855178, julgado em 23/05/2019).

⁸¹ URBANO, op cit., p. 117.

⁸² BACHOFF, Otto - Estado de direito e poder político, p. 141-42.

competências, limites e os deveres dos órgãos do Estado. Possui reservas em relação às previsões programáticas da Constituição, notadamente em situações em que o tribunal exige do legislador o cumprimento dessas normas como se possuísem termos jurídicos estritos. Assevera que tal postura debilita o parlamento como instituição responsável pela criação das leis e conformação política. Conclui, então que o tribunal deve exercer suas funções com moderação, devendo não estender ou nem condensar o conteúdo da Constituição, impondo pretensões exageradas⁸³.

A autocontenção do julgador e o legislador negativo são corriqueiramente apontados pela doutrina e jurisprudência como elementos para delimitar os limites da atividade de fiscalização da constitucionalidade, haja vista pregarem a necessidade do respeito pelo juiz constitucional ao espaço destinado ao legislador pela Constituição, notadamente, o de realizar a conformação política dos mais variados temas de interesse da sociedade.

Contudo, como mencionado acima, a evolução da sociedade e das constituições tornaram tais limites mais fluídos, já que os parâmetros constitucionais a serem analisados agora são bastante amplos, seja pela infinidade de temas que poderão ser levados ao controle da constitucionalidade, seja pela textura aberta das normas a serem analisadas. Nesse novo contexto, a exigência da posição deferente às escolhas do legislador se mostra bastante complexa. A questão dos limites do exercício da jurisdição constitucional frente ao legislador será melhor discutida no capítulo final desta dissertação.

3.5. Controle procedimental e substancial

A questão sobre os limites da legitimidade democrática na jurisdição constitucional e necessidade de preservação da atividade legislativa conduz ao debate sobre se o tribunal deve adotar uma postura procedimentalista ou substancialista na fiscalização da constitucionalidade.

A teoria substancialista do controle de constitucionalidade veicula a ideia de que o Judiciário tem o poder de garantir os direitos fundamentais. Nesta visão, a intervenção do tribunal sobre as leis será possível sempre que houver alguma violação de direitos fundamentais, ou mesmo sua proteção deficitária. Por sua vez, a teoria procedimentalista parte da ideia de que ao tribunal constitucional somente seria cabível a proteção dos processos democráticos, cabendo ao legislador – legitimado democraticamente pelo voto - as escolhas substanciais para a sociedade⁸⁴. Neste último modelo, a intervenção do Poder Judiciário somente seria cabível nos casos em que evidenciado que as leis postas pelo legislativo estivessem colocando em risco ou obstando o debate democrático entre os grupos políticos.

⁸³ STARK, Christian – La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático, p. 488-89.

⁸⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hening - Dworkin X Habermas, uma Discussão acerca da Legitimidade da Jurisdição Constitucional entre Substancialismo e Procedimentalismo, p. 41.

Dentro da posição procedimentalista, John Ely, em sua obra *Democracia e Desconfiança*, conclui que o interpretacionismo e o não interpretacionismo se mostraram insuficientes a explicar o modelo de interpretação da Constituição americana. A teoria interpretacionista, a despeito de se alegar atrelada ao texto constitucional, se mostrou incapaz de manter a fidelidade do sentido de algumas disposições constitucionais, visto que muitos dos conceitos presentes na Constituição não são unívocos, já outros dispositivos convidam o intérprete a ir além do sentido literal, de modo que o mero apego ao texto não se mostra viável para sua interpretação. De outro lado, a postura não interpretacionista não atende aos pressupostos democráticos, pois a tentativa de preencher o conteúdo do texto constitucional com valores fundamentais exteriores à Constituição se mostrou arbitrário, substituindo a vontade do constituinte ou do legislador pela do julgador⁸⁵.

Na busca de uma via entre esses dois problemas na interpretação da Constituição, o autor propõe que seja adotada postura equivalente à da Corte Warren, que conseguiu perceber a correlação entre a atividade política e o correto funcionamento do regime democrático. A referida Corte, apesar de ser bastante intervencionista, realizava suas intervenções não para impor seus valores, mas sim para garantir que o processo político estivesse com seus canais abertos para todas as posições, em relativa igualdade. Segundo o jurista americano, a postura da corte poderia ser sintetizada na nota de rodapé do caso *Corleone Products*, que, em resumo, previa: a) menor margem de presunção de constitucionalidade das normas quando a legislação estiver no âmbito de uma proibição específica da Constituição; b) a possibilidade de um controle judicial mais rigoroso para aquelas normas constitucionais que restrinjam a participação no processo político, a exemplo do direito de voto; c) rigor parecido também a ser adotado em face das legislações que limitassem direitos de minorias, a exemplo de minorias religiosas⁸⁶.

Nessa perspectiva, o papel dos juízes constitucionais não poderia ser o de impor valores à sociedade, posto não haver qualquer indícios de que eles melhor refletiriam os valores convencionais do que os representantes eleitos. Propõe então que os juízes deveriam exercer as funções que eles conseguem desempenhar, que é conferir voz a todos no sistema político, devendo intervir somente quando houver um mau funcionamento deste, com o bloqueio de canais para participação política⁸⁷.

De outro turno, as teorias de Dworkin são apontadas como um exemplo de posição substancialista do controle de constitucionalidade. O autor traça uma distinção entre os

⁸⁵ ELY, John Hart - *Democracia e desconfiança*, p. 97.

⁸⁶ ELY, Op. cit., p. 99-101.

⁸⁷ ELY, Op. cit., p. 136.

argumentos de princípio, que justificam as decisões políticas, demonstrando o seu respeito a um direito moral do indivíduo, e os argumentos de política, em que as decisões são justificadas por algum objetivo coletivo, voltado ao bem estar da coletividade⁸⁸.

As decisões do legislativo podem se fundar em argumentos de princípios e também em argumentos de política. As decisões coletivas em que se busca encontrar as melhores soluções para o bem comum se fundamentam em argumentos de política, na medida em que contemporizam os interesses envolvidos. Esses argumentos devem estar sujeitos à votação majoritária, posto afetar a pluralidade de interesses existentes, o que se mostra mais legítimo quando decididos por ampla representatividade. Já as decisões judiciais não se fundamentam em argumentos políticos, mas sim em argumentos de princípios⁸⁹.

Dentro dessa distinção reside o conceito de direito como integridade, pois este não se limita às decisões majoritárias como fundamento político, pois também possui fundamento principiológico. Os juízes podem contrariar os interesses majoritários, pois se subordinam aos direitos aptos a assegurar ao indivíduo um mínimo status de dignidade. O direito como integridade impõe ao intérprete a busca de uma resposta correta para os casos difíceis, essa resposta deve ser demonstrada, não por uma certeza matemática, mas por uma racionalidade jurídica e moral, argumentativa e construtiva, buscando um resultado interpretativo moralmente mais aceitável. As decisões quando adequadamente fundamentada com base em princípio, não usurpa a função do legislador, pois não se sustenta na legitimidade majoritária⁹⁰.

Nessa toada, ainda que o texto constitucional seja cheio de imprecisões, conceitos abstratos e termos com significado controversos, se respeitada a integridade do direito e adotada argumentação focada em princípios seria lícito ao juiz transcender ao texto. O autor não vislumbra a violação dos poderes do juiz nesse caso, pois seu fundamento não é simplesmente uma teoria da supremacia das maiorias, mas também a de que os indivíduos possuem direitos morais contra o Estado⁹¹.

Em relação à interpretação constitucional, propõe um método particular que leve em consideração os princípios abstratos que dela emanam. A leitura moral considera que essas cláusulas evocam princípios morais de decência e justiça que devem ser observados pelo intérprete ao aplicar a lei, sendo estes os parâmetros a serem adotados pelo juiz para avaliar a compatibilidade do texto com a Constituição, sem usurpar o poder do legislador. Justifica que,

⁸⁸ MENDES, Conrado Hubner - Controle de constitucionalidade e democracia, p. 36-37.

⁸⁹ MENDES, Op. cit., p. 37.

⁹⁰ MENDES, Op. cit., p. 38.

⁹¹ MENDES, Op. cit., 40.

se os redatores constitucionais a fizeram dessa forma, deliberadamente, impregnada de expressões por esse tipo de linguagem, esse método será cabível para sua interpretação⁹².

Para ele a Constituição americana possui princípios morais em seu bojo e o judiciário tem a função de reforçá-los. Tal posição não é antidemocrática, mas sim o contrário, visto que a democracia legítima tem como condição que o governo trate seus cidadãos como iguais e respeite suas liberdades e dignidade. A maioria não tem o direito moral legítimo de governar se não respeitar esses princípios⁹³.

A postura substancial do controle de constitucionalidade não enxerga qualquer ilegitimidade na atuação do juiz constitucional em afastar a aplicabilidade de uma lei votada pelo parlamento quando verificar um confronto desta com princípios de moral política, quando afetarem direitos fundamentais. A questão de quais os princípios de moral política que autorizariam essa interferência deve ser tratada por meio de uma forte argumentação jurídica, fundada em princípios, nunca em escolhas políticas.

Cappelletti critica a postura procedimentalista adotada por Ely, sob o argumento de não ser possível proteger a equanimidade nos processos de decisão sem interferir nos resultados, bem como de não haver uma cisão entre procedimento constitucional e valores constitucionais como conceitos separados. Além disso, as constituições atuais não seriam meramente procedimentais, de modo que o controle não poderia se limitar a este ponto. O autor concorda com o jurista americano sobre a vagueza e imprecisão de muitas das fontes de valores adotadas pelos juristas (direito natural, razão, consenso geral) para avaliação das normas constitucionais, e que, em última instância, tais valores são criados pelos juízes. Contudo, considera inevitável a criação de valores pelos homens, de modo que não haveria qualquer ilegitimidade nesse papel criativo no sistema de controle, a depender da forma como é exercida⁹⁴.

A teoria procedimentalista possui o mérito de alertar aos julgadores que o papel de concretização da Constituição e a conformação das contradições nela existentes deve, primeiramente, ser confiado aos órgãos de composição política, notadamente o legislador. Não se pode olvidar que a Constituição confere certa margem de escolha aos órgãos políticos para definição das leis e ações estatais, escolha estas que perpassam pela composição dos mais diferentes interesses sociais, os quais estão melhor representados no parlamento, órgão de caráter eletivo. Deste modo, cabe a ele, e não ao tribunal constitucional, realizar as escolhas para definir os rumos da sociedade.

⁹² MENDES, Op. cit., 39-41.

⁹³ MENDES, Op. cit., 43.

⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro - El “formidable problema” del control judicial y la contribucion del analisis comparado. , p. 63-64.

Contudo, a questão sobre a postura a ser adotada no controle (procedimentalista ou substancialista) retoma a discussão sobre a estrutura da Constituição parâmetro para avaliação das normas infraconstitucionais. Como mencionado acima, muitas das constituições atuais contém em seu interior uma série de princípios abstratos, uma lista de numerosos direitos fundamentais e, muitas vezes, a imposição de prestações positivas pelo Estado. Nesses modelos, se mostra bastante discutível eventual postura do juiz constitucional de se limitar a garantir as regras do jogo democrático, pois há outras normas expressas que o impelem a exigir do legislador e da administração a promoção de valores substantivos, sob pena de grave omissão em suas funções. Dado o papel atribuído ao Judiciário, não se mostra cabível uma posição de pura deferência aos demais poderes⁹⁵.

O problema levantado pelos procedimentalistas ganha maior complexidade nesses sistemas constitucionais, pois, muitas vezes, o julgador não precisa recorrer a princípios extratextuais para fiscalizar a constitucionalidade das leis, pois a Constituição já contém em seu interior uma série de princípios substanciais, muitos deles contraditórios entre si, que reclamam uma conciliação pela ponderação interpretativa, atividade que não deixa de ter grande complexidade⁹⁶.

⁹⁵ CLEVE, Clèmerson Merlin – Constituição, governo democrático e níveis de intensidade de controle, p. 13.

⁹⁶ CLEVE, Op. cit., p. 9.

CAPÍTULO 2 - DAS DECISÕES INTERMEDIÁRIAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1. Sentenças intermediárias

Vimos no capítulo anterior que o controle concentrado de constitucionalidade, em suas origens, se consolidou no sentido de que o papel da jurisdição constitucional se limitaria ao de anular normas que estivessem em desconformidade com a Constituição, uma vez que o tribunal deveria atuar como legislador negativo.

Todavia, o desenvolvimento da jurisdição constitucional demonstrou que tal atividade não se mostra tão simples e acabada. A anulação de uma determinada lei pode implicar em consequências extremamente gravosas aos seus destinatários, criando vazios normativos, impossibilitando o exercício de direitos ou mesmo causando graves impactos orçamentários, prejudicando o exercício das atividades estatais.

A declaração da inconstitucionalidade pela jurisdição constitucional, tal como desenvolvida no sistema austríaco, pouco diferenciava em termos de efeito da revogação da norma, na medida em que aquela somente teria eficácia prospectiva. Contudo, após o fim da Segunda Guerra Mundial, a preferência pela adoção de tribunais constitucionais com poderes de anulação retroativa da norma, com o fim de conferir maior proteção à constitucionalidade, criou lacunas na proteção de direitos fundamentais, como a segurança jurídica, igualdade, conservação das normas jurídicas, proporcionalidade, demonstrando a insuficiência dos sistemas repressivos de nulidade⁹⁷.

Além disso, a diferenciação promovida entre o dispositivo e a norma evidenciou a possibilidade de que daquele se pode extrair mais de uma norma. Em algumas situações, um dispositivo permitirá extrair mais de um significado, sendo alguns deles inconstitucionais. Nesse caso, por imperativos de preservação da norma jurídica, as decisões de simples nulidade não se mostram satisfatórias⁹⁸.

Vale destacar o papel dos tribunais nessa transformação, na medida em que a atuação consequencialista dos juízes exige que suas decisões levem em consideração as consequências no funcionamento dos órgãos estatais, orçamento e também ao jurisdicionado. Muitas vezes, a decisão do tribunal, a exemplo nos casos de anulação de determinado tributo ou na fixação de um determinado índice de correção monetária, pode acarretar o surgimento de obrigações financeiras ao erário não previstas na Lei orçamentária e cujo impacto financeiro o ente estatal não teria condições de suportar, de imediato, sem o comprometimento da regularidade

⁹⁷ MORAIS, Carlos Blanco de – Justiça constitucional, p. 268.

⁹⁸ URBANO, Maria Benedita - Curso de justiça constitucional, p. 102.

dos serviços estatais. Tais questões acabam por ser consideradas pelo julgador no momento da análise da constitucionalidade da lei.

Também não se pode olvidar a necessidade de se atender a certa preocupação com a preservação de princípios jurídicos outros tão basilares quanto o da primazia da constitucionalidade. A anulação de normas poderá violar o princípio da segurança jurídica, posto fragilizar a confiança dos cidadãos na manutenção de relações jurídicas consolidadas. Além disso, a aplicação inconsequente da nulidade poderá ensejar a eliminação desnecessária de normas jurídicas, situação que destoa do chamado princípio da conservação dos atos estatais. Por fim, há situações em que a confluência dos princípios normativos permite a correção da situação de inconstitucionalidade pelo próprio tribunal, sem a necessidade de se aguardar um incerto e moroso processo de alteração legislativa⁹⁹.

Nesse contexto, a simples anulação das leis, muitas vezes, não se mostra apropriada, notadamente quando se verificarem situações intermediárias entre a inconstitucionalidade total e a constitucionalidade da norma, o que demanda decisões com conteúdo diverso, suavizando a dureza das decisões de simples conteúdo ablativo.

Esse tipo de decisão é denominada de sentenças intermediárias, consoante terminologia empregada na VII Conferência de tribunais constitucionais Europeus. A doutrina não mais considera apenas a rígida dicotomia entre as decisões inconstitucionais e decisões constitucionais, passando a admitir uma visão mais gradualista do fenômeno do controle de constitucionalidade¹⁰⁰.

As decisões intermediárias ou intermédias são aquelas que se situam entre a declaração da inconstitucionalidade e a legitimidade constitucional¹⁰¹. São decisões que, ao invés de simplesmente realizarem a decretação da nulidade da norma ou de rejeitarem a ação de inconstitucionalidade, promovem a exclusão de um ou mais sentidos desta, mitigam o termo inicial da produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, reparam os vícios de parte da norma ou mesmo conclamam o legislador a sanar a situação irregular constatada. São decisões que refogem ao modelo binário constitucionalidade/inconstitucionalidade¹⁰².

Carlos Blanco Morais denomina as sentenças intermédias também de sentenças manipulativas, pois consistentes em decisões que promovem uma modelação do sentido ou dos efeitos da norma submetida à fiscalização da constitucionalidade. Esclarece que tal

⁹⁹ MORAES, Op. cit., p. 269.

¹⁰⁰ BRANDÃO, Rodrigo - O STF e o dogma do legislador negativo, p. 196.

¹⁰¹ SAMPAIO, José Adércio Leite - A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional, p. 208.

¹⁰² CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito constitucional e teoria da constituição, p. 957.

denominação constitui numa tentativa aproximada de buscar o denominador comum entre o grande número de sentenças dessa natureza¹⁰³.

Fernando Correia entende que as sentenças intermédias ou complexas são técnicas de decisão que permitem evitar a decisão de inconstitucionalidade ou então condicionam os efeitos jurídicos desta declaração, de modo que a anulação da norma só tenha lugar quando não puder ser evitada¹⁰⁴. Por sua vez, Fuenmayor denomina esse tipo de sentença de atípicas, pontuando outros conceitos como intermédias, interpretativas, mutativas ou aditivas. Esclarece que assim são chamadas, pois o tribunal não se limita a declarar a inconstitucionalidade da norma, mas aportam uma regulação nova, distinta da previsão realizada pelo legislador, com efeitos gerais que implicam em uma função legislativa¹⁰⁵.

Como se percebe há certa imprecisão terminológica para este tipo de sentença, na medida em que vários autores adotam as mais diversas nomenclaturas para denominar as sentenças. Maria Urbano alerta a indefinição do conceito e também entende haver certa falta consistência conceitual e terminológica para o instituto, com algum desacerto entre as propostas de cada autor, situação essa, em parte, gerada por se tratar de figuras pretorianas, criadas pela jurisprudência constitucional¹⁰⁶. Do mesmo modo, Rui Medeiros, ao tratar das chamadas decisões modificativas, também reconhece a inexistência de unanimidade terminológica para definir a categoria geral, destacando que alguns dos conceitos se mostram pouco felizes¹⁰⁷.

A despeito da ausência de unanimidade na nomenclatura adequada para essas sentenças, convém destacar os seus pressupostos de aplicação, os quais revelam suas características essenciais. Nesse sentido, as sentenças intermédias possuem os seguintes pressupostos: a) teleológicos: tem por finalidade temperar ou moderar, à luz do princípio da segurança jurídica, o rigor absoluto das decisões de declaração de inconstitucionalidade; b) posição topográfica – estão no caminho, embora assimétrico, entre as decisões de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, implicando na preservação de um domínio normativo da disposição julgada inconstitucional; c) efeitos transformadores que projetam – visam modelar o conteúdo e a produtividade da norma julgada inconstitucional dentro de certos limites¹⁰⁸.

¹⁰³ MORAIS, Op. cit, p. 261.

¹⁰⁴ CORREIA, Fernando Alves - Justiça Constitucional, p. 332.

¹⁰⁵ CHACIN FUENMAYOR, Ronald de Jesus - La legitimidad de las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales, p. 66.

¹⁰⁶ URBANO, op cit, p. 108-09

¹⁰⁷ MEDEIROS, Rui - A decisão de inconstitucionalidade, p. 457.

¹⁰⁸ MORAIS, op cit, p. 264.

As sentenças intermédias podem ser classificadas em dois grandes grupos de provimentos jurisdicionais: a) sentenças normativas e b) sentenças transitivas ou transacionais¹⁰⁹.

As chamadas sentenças normativas são aquelas que importam na criação de uma norma de carácter geral e vinculante. Em linhas gerais, o órgão jurisdicional, ao reconhecer a inconstitucionalidade de uma ou algumas normas extraídas de determinado preceito legal, por via interpretativa, extrai uma norma que seja condizente com a Constituição, reduz o âmbito interpretativo da disposição legal ou até mesmo promove a correção da norma posta pelo legislador. Podem ser divididas nas seguintes espécies: a) interpretativas ou de interpretação conforme, b) aditivas, c) aditivas de princípios, d) substitutivas¹¹⁰.

Por sua vez, as sentenças transitivas são pronunciamentos sobre a constitucionalidade e inconstitucionalidade, segundo parâmetro transitório, e que anunciam um processo em transformação da norma, mitigando o princípio da supremacia da Constituição. Neste tipo de decisão, ao invés de se declarar a nulidade da norma constitucional, há o reconhecimento da inconstitucionalidade, porém o tribunal provoca o legislador a sanar a disposição viciada (ou em vias de se tornar inconstitucional). Essas decisões podem ser divididas nas seguintes categorias: a) inconstitucionalidade sem efeito ablativo; b) inconstitucionalidade com ablação diferida; c) sentenças apelativas; d) sentenças de aviso¹¹¹.

2. Sentenças normativas

2.1. Sentenças interpretativas

a) Interpretação conforme a Constituição

A interpretação conforme é um princípio hermenêutico aplicável a todo o ordenamento jurídico, que impõe à autoridade estatal o dever de, ao aplicar determinada norma, buscar uma interpretação que a torne compatível com a Constituição.

Na jurisdição constitucional, a interpretação conforme a Constituição é uma técnica específica de decisão em que o tribunal, após constatar a inconstitucionalidade de um ou mais sentidos do dispositivo legal, escolhe o significado que esteja em conformidade com a Constituição. Esse tipo de decisão também pode ser denominada de sentenças interpretativas de rejeição, dado que o julgamento da ação será pela improcedência do pedido de declaração da inconstitucionalidade, momento em que o tribunal, define o significado em conformidade com a norma constitucional.

¹⁰⁹ Classificação adotada por José Adércio Sampaio Cf.: SAMPAIO, José Adércio Leite - A constituição reinventada pela jurisdição constitucional, p. 208.

¹¹⁰ SAMPAIO, op cit, p. 208.

¹¹¹ SAMPAIO, op cit, p. 218.

Segundo Jorge Miranda, a interpretação conforme é feita por todos os tribunais, pois a eles compete acolher o sentido em conformidade com a Constituição ou que esteja mais em conformidade, buscando uma solução que evite a decretação da inconstitucionalidade do ato, dentro da razoabilidade e respeitando o sentido da lei. A questão variável entre os ordenamentos jurídicos, porém, é perquirir o grau de vinculatividade dessas decisões interpretativas em face dos demais tribunais¹¹².

A interpretação conforme implica numa redução das possibilidades interpretativas da norma. O julgador verifica as várias possibilidades existentes para a sua aplicação, escolhe aquela que esteja em conformidade com a Constituição e exclui as demais. Essa técnica de decisão deriva do princípio da conservação dos atos estatais, pois exige do intérprete a manutenção dos atos quando possível extrair dele uma interpretação que esteja em conformidade com a Constituição.

Possui, ainda, correlação com o princípio da unidade da ordem jurídica e da supremacia da Constituição, pois as leis devem ser interpretadas num contexto em que a Constituição é a lei superior, motivo pelo qual devem estar em consonância com esta. Nesse contexto, essa técnica pode ser considerada uma subdivisão da interpretação sistemática, pois vincula o resultado final do processo interpretativo à concordância com as demais normas do sistema, notadamente a norma de hierarquia superior¹¹³. Por fim, também é possível vislumbrar a incidência do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, na medida em que, em havendo dúvida sobre sua constitucionalidade, deve o intérprete privilegiar aquela interpretação que se adéque à Constituição.

A aplicação desta técnica de decisão não ocorre de forma indiscriminada, como se fosse uma panaceia para todos os impasses interpretativos. O seu objetivo é o de preservar a norma impugnada quando ainda lhe restar alguma interpretação constitucional cabível, não podendo servir para modificação da regra apreciada. Nas situações em que a interpretação conforme provoque modificações da norma, contrárias ao seu programa normativo, o mais apropriado é a adoção de uma sentença de simples inconstitucionalidade, sob pena violação da separação dos poderes. A interpretação conforme não pode servir como instrumento para melhoria ou aperfeiçoamento da norma jurídica¹¹⁴.

Além disso, a interpretação conforme só é cabível quando a norma impugnada possuir mais de um sentido, com interpretações alternativas. Se o dispositivo não comportar mais de uma interpretação, ou se os sentidos possíveis só fizerem sentido se aplicados em conjunto,

¹¹² MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional, p. 81.

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira - Jurisdição constitucional, p. 329.

¹¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira - Jurisdição constitucional, p. 330.

não é o caso de adoção dessa técnica de decisão. Um segundo requisito para sua utilização é de que o sentido extraído pelo intérprete esteja em conformidade ou não contrarie as possibilidades do texto, nem deve contrariar a intenção do legislador para aquela norma. A interpretação conforme não pode implicar numa subversão do programa normativo da lei fiscalizada.

Rui Medeiros entende que a interpretação conforme, enquanto método de interpretação da lei ordinária, não pode descurar dos demais métodos interpretativos, especialmente o teleológico e o objetivo-literal. Essa técnica possui caráter complementar em caso de persistência da indecisão após aplicação desses outros métodos. Contudo, destaca que seu uso não poderá implicar numa subversão do que foi desejado pelo legislador, sendo este um limite genérico deste tipo de decisão¹¹⁵. Outrossim, ainda que não seja verificável qual a vontade do legislador no caso, a norma extraída do processo interpretativo não pode contrariar o sentido da fórmula normativa objetificada no texto¹¹⁶.

Aponta, ainda, que o mau uso da interpretação conforme implica na usurpação da competência do legislador, visto que a adoção pelo tribunal de entendimentos não desejados pelo legislador seria uma forma ilegítima de atuar em substituição ao parlamento. Nos sistemas em que o tribunal constitucional não é desenhado como uma corte suprema, também há o risco de que ele invada o espaço de competência dos tribunais ordinários, impondo a eles uma interpretação dentre várias outras possíveis da norma¹¹⁷.

b) declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto¹¹⁸

A declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto muito se parece com a interpretação conforme, na medida em que sua aplicação perpassa pela análise dos sentidos possíveis do dispositivo. Contudo, ao contrário daquela, neste tipo de decisão o intérprete eliminará os sentidos do dispositivo em desconformidade com o texto constitucional.

Fernando Correia esclarece que ambas decisões em muito se parecem, pois implicam no afastamento da aplicação de um sentido inconstitucional, com salvaguarda da interpretação do dispositivo que esteja em conformidade com a Constituição. Uma das técnicas é exatamente o inverso da outra, como duas faces da mesma moeda¹¹⁹.

Os pressupostos de aplicação dessa técnica de decisão são os mesmos da interpretação conforme: o dispositivo legal deve possuir mais de um sentido, com aplicação alternativa; as

¹¹⁵ MEDEIROS, Op. cit., p. 309.

¹¹⁶ MEDEIROS, Op. cit., 313.

¹¹⁷ MEDEIROS, Op. cit., p. 300.

¹¹⁸ Também denominada declaração de inconstitucionalidade parcial “qualitativa”, ou “ideal” ou “vertical, ou sentenças interpretativas de acolhimento. Neste sentido, Cf. CORREIA, Fernando Alves - Justiça constitucional, p. 339.

¹¹⁹ CORREIA, Op cit, p. 342.

interpretações remanescentes estejam contidas nos limites interpretativos do dispositivo do qual provieram e não devem desvirtuar os objetivos da regulação sobre a matéria. Caso contrário, se a interpretação remanescente não atender a tais quesitos, deve o julgador adotar decisão de simples inconstitucionalidade, anulando a norma impugnada¹²⁰.

A despeito de serem institutos próximos, sua distinção não é desnecessária. Em muitos sistemas jurídicos, as decisões de rejeição da inconstitucionalidade não são dotadas de eficácia geral ou efeito vinculante, de modo que as instâncias judiciais inferiores não estão vinculadas ao que foi decidido pelo tribunal. A imposição de uma interpretação nesses sistemas jurídicos, a exemplo do ordenamento jurídico português, é vista como uma violação do princípio da separação dos poderes, posto atingir a independência dos tribunais em interpretar as normas.

Maria Urbano reconhece que, apesar de ser a sentença menos controversa, ela não deixa de suscitar algumas dificuldades. Isso porque o seu valor jurídico comumente é questionado ante o fato de que o sentido da norma está circunscrito à razão de decidir do julgado, não sendo reproduzida no dispositivo¹²¹.

Rubio Llorente acrescenta que a superação da ausência de força vinculante perante os demais tribunais somente seria possível se houvesse a superação dos princípios básicos da jurisdição constitucional em alguns países europeus: o princípio da vinculação do juiz exclusivamente à Lei e o da separação entre jurisdição constitucional em ordinária. Segundo o autor, os tribunais constitucionais europeus não são tribunais supremos, de modo que podem decidir sobre a inconstitucionalidade, mas não resolvem sobre a correta interpretação do dispositivo¹²².

Desta feita, a declaração da nulidade sem redução do texto desponta como espécie de decisão que permite a atribuição de efeitos vinculantes, haja vista constar de sua parte dispositiva o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma quando interpretada em determinado sentido. Aqui a inconstitucionalidade não é reconhecida apenas como parte da fundamentação adotada pelo julgador, mas constitui elemento da decisão prolatada.

Carlos Blanco de Moraes defende que, a despeito da inexistência de efeitos vinculantes das decisões de rejeição, esta possui eficácia persuasiva perante as demais instâncias judiciais. Além disso, a sentença de rejeição pode servir de aviso para uma futura declaração de

¹²⁰ CANOTILHO, Op. cit., p. 1021; MORAIS, Op. cit., p. 408.

¹²¹ URBANO, Op. cit., p. 110.

¹²² RUBIO LLORENTE, Francisco - La jurisdiccion constitucional como forma de creacion de derecho, p. 23.

inconstitucionalidade, sem redução do texto, caso mantida as aplicações tidas como inconstitucionais pelo tribunal¹²³.

Para o jurista, decisão interpretativa de rejeição deve preferir às de acolhimento. Justifica seu ponto de vista pelo fundamento de que os imperativos de proporcionalidade e conservação dos atos estatais impõem ao tribunal o ônus de avaliar a possibilidade de manutenção da norma impugnada, notadamente quando esta comportar sentidos alternativos em consonância com a Constituição¹²⁴. Nessa linha, a adoção das sentenças interpretativas de acolhimento preferencialmente devem ser aplicadas no contexto de “dupla pronúncia”, após os demais tribunais não observarem o conteúdo persuasivo de anterior decisão interpretativa de rejeição. Recomenda, ainda, que ela deveria aplicada somente após sucessivas decisões de inconstitucionalidade no controle concreto, devendo o sentido julgado inconstitucional corresponder àquele aceito por toda a comunidade jurídica, não se justificando a aplicação de interpretações inverossímeis¹²⁵.

Obviamente, essas condicionantes não impedirão o tribunal de, caso esteja diante de uma norma manifestamente inconstitucional, ou cujas interpretações possíveis estejam em franca contradição com o habitualmente adotado pela jurisprudência, opte pela declaração de sua inconstitucionalidade (ainda que por meio de sentença interpretativa de acolhimento), decisão esta que deve ser realizada por meio de um juízo prudencial¹²⁶.

Em sistemas nos quais ambas espécies de decisões possuem efeitos vinculantes, a distinção entre elas se mostra rarefeita, notadamente quando analisada do ponto de vista do âmbito de incidência da norma, haja vista a notória redução de sua substância prescritiva nos dois tipos de decisão. Por isso, Adércio Sampaio afirma que não é incomum um uso conjugado das expressões em países como Brasil e Alemanha, ou até mesmo certa confusão entre os termos¹²⁷.

2.2. Sentenças aditivas

Nas sentenças aditivas ou construtivas, o tribunal declara a inconstitucionalidade do dispositivo em razão de considerar que o legislador prescreveu em menor extensão do que o esperado, gerando situação de inconstitucionalidade. O tribunal, no momento da fiscalização da constitucionalidade da norma, verifica que a parte inconstitucionalmente omitida pode ser complementada por soluções derivadas de imposições lógicas do próprio sistema legislativo ou constitucional. Nessa linha, a decisão de inconstitucionalidade acaba por ampliar a

¹²³ MORAES, Op cit, p. 399.

¹²⁴ MORAES, Op cit, p. 388-389.

¹²⁵ MORAES, Op cit, p. 407-408.

¹²⁶ MORAES, Op cit, p. 389.

¹²⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite - A constituição reinventada pela..., p. 213; MENDES, Gilmar Ferreira - Jurisdição constitucional, p. 406.

aplicabilidade da norma, fazendo-a alcançar situações anteriormente omitidas no texto original¹²⁸.

Aqui o tribunal adota uma postura manifestamente reparadora, na medida em que altera o conteúdo originário da norma com o fim de corrigi-la, adequando-a ao texto constitucional. Obviamente, a correção não pode ser feita de maneira puramente arbitrária, por meio de uma criação do nada (*ex nihilo*), mas deve provir de um critério de decisão já existente no ordenamento jurídico, que o tribunal deve se limitar a revelar e individualizar no caso em julgamento¹²⁹.

Essa espécie de decisão é fonte de tensões entre o tribunal constitucional e o legislador, visto implicar numa inevitável modificação do significado originário da norma. De outro lado, nos países em que, de regra, somente há vinculação da parte ablativa da decisão, também há um ponto de tensão entre o órgão fiscalizador da constitucionalidade e os tribunais ordinários, visto que esse tipo de decisão implica no direcionamento da interpretação da norma¹³⁰.

A adoção das decisões aditivas, dado o seu alto grau de criatividade e modificação do trabalho do legislador, permite verificar um abandono do dogma do legislador negativo pelo tribunal constitucional, posto que, de um órgão que apenas se limitava a excluir determinadas normas do ordenamento jurídico, agora ele passa, efetivamente, a reparar a vontade expressada pelo legislador, garantindo a aplicação da lei impugnada em conformidade com a Constituição¹³¹. O sistema de fiscalização não mais está fechado sobre si, mas está inserido no contexto global, reconhecendo aos órgãos de controle um papel ativo na realização dos princípios constitucionais¹³².

Segundo Carlos Moraes, as sentenças aditivas são aplicáveis para a reconstrução da norma inconstitucional nas seguintes situações: a) necessidade de se preencher omissão relativa criada pelo legislador – nesse caso, o tribunal reconhece a inconstitucionalidade pelo injusto tratamento diferenciado de pessoas na mesma categoria e, com o fim de se evitar a anulação do direito base dessa distinção, reconstrói a norma para sanar o tratamento anti-isonômico; b) necessidade de integrar uma lacuna técnica deixada pela própria decisão de inconstitucionalidade – sendo, nesse caso, a finalidade da decisão é de evitar o vácuo jurídico deixado pela simples declaração de inconstitucionalidade da norma e também pela

¹²⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite - As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo, p. 169.

¹²⁹ MORAIS, op cit, p. 415.

¹³⁰ MORAIS, op cit, p. 411.

¹³¹ MENDES, Op. cit., p. 395.

¹³² MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional, p. 89.

constatação da impossibilidade de repristinação do direito anterior; c) necessidade de reconstruir preceito de norma inconstitucional que afetou direito fundamental¹³³.

As sentenças aditivas proliferaram por vários ordenamentos jurídicos em razão de vários fatores. Dentre os motivos que podemos mencionar para sua aplicação, mencione-se o fato de que as cartas políticas dos países que as aplicam ostentam geralmente conteúdo programático, destinada a um posterior desenvolvimento de forma progressiva; a existência de um ordenamento jurídico infraconstitucional com normas com grande descompasso com as disposições constitucionais, muitas vezes provenientes de um passado autoritário; a ineficácia do legislador em responder a contento às exigências constitucionais de adequação da legislação ao novo regime constitucional¹³⁴.

A doutrina apresenta algumas subcategorias de sentenças aditivas em sentido próprio, as quais podem ser classificadas em: a) sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos; b) sentenças aditivas em sentido estrito; c) sentenças aditivas de princípios e d) sentenças substitutivas¹³⁵. Com o fim de melhor aquilatar suas peculiaridades, convém fazer uma descrição individualizada de cada uma delas.

a) Sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos

Nas sentenças demolitórias com efeitos aditivos, o tribunal não profere uma decisão de conteúdo reconstutivo, mas apenas uma decisão de caráter ablativo, sendo que a exclusão de parte da norma impugnada tem por consequência a ampliação do seu âmbito de atuação. Em suma, a ampliação do sentido da norma é uma mera consequência da exclusão de parte de seu conteúdo, sem qualquer juízo interpretativo do tribunal¹³⁶. O efeito ablativo desta decisão possui natureza *erga omnes* e abrange a natural consequência ampliativa, tendo em vista que a exclusão está inserida na parte dispositiva da decisão.

Estas decisões possuem sua legitimidade pouco questionada, na medida em que a ampliação não é decorrência de uma atividade criativa do tribunal. Por esse motivo, ainda que cause o aumento de despesas públicas, não se vislumbra a invasão de competência do legislador, tendo em conta que a ampliação é uma consequência lógica da inconstitucionalidade¹³⁷.

¹³³ MORAIS, Carlos Blanco - Justiça constitucional, p. 428.

¹³⁴ LA VEGA, la sentencia constitucional em Italia, apud, MENDES, Gilmar Ferreira - Jurisdição constitucional, p. 397.

¹³⁵ Classificação proposta por Carlos Blanco de Moraes (Cf. MORAIS, Carlos Blanco - Justiça Constitucional, p. 418).

¹³⁶ MORAIS, Gilmar Ferreira - Jurisdição constitucional, p. 423.

¹³⁷ MORAIS, Op. cit., p. 424.

b) Sentença aditiva em sentido estrito

As sentenças aditivas em sentido estrito são compostas por duas operações decisórias. Na primeira, o tribunal constitucional declara a inconstitucionalidade de parte da norma, ao passo que, em seguida, repara o silêncio deixado pelo legislador, que a tornava inconstitucional. A correção desse silêncio se dará por meio da identificação da norma aplicável ao caso concreto.

Estas sentenças são consideradas a espécie que mais gera tensionamento entre o tribunal constitucional e o legislador, posto que, no exercício da função corretiva, corre-se o risco de que o tribunal invada competências daquele. A doutrina então entende que as sentenças sempre devem decorrer de um conteúdo diretamente extraído da Constituição e não pode o tribunal se defrontar com opções políticas alternativas no momento do preenchimento da lacuna. Deste modo, a decisão deve ser uma consequência necessária do juízo de inconstitucionalidade, não podendo, sob a justificativa de se colmatar lacunas, suplantando a função do legislador¹³⁸.

No momento da prolação dessa decisão, o conteúdo normativo construído deve ser visto como constitucionalmente obrigatório, isto é, que a resposta a ser dada pelo tribunal seja a única possível pela ordem constitucional, é o que se chama no direito italiano de decisão à *rime obbligate*. Nessa linha, as sentenças aditivas “ou são constitucionalmente obrigatórias, ou juridicamente ilegítimas”¹³⁹.

Essas sentenças possuem os seguintes pressupostos, conforme entendimento de Crisafulli: a) existência de um vazio normativo decorrente da decisão de inconstitucionalidade, exigindo reparação imediata; b) a reparação deve ser feita por uma operação de reconstrução autoexecutável; c) que a norma reparatória seja uma extensão lógica de um princípio ou de uma norma constitucional passível de aplicação imediata; d) que a operação decorrente seja a única determinada pela Constituição, não cabendo outras decisões possíveis¹⁴⁰.

c) Sentença aditiva de princípios

As sentenças aditivas de princípios tem a função de corrigir omissão do legislador, sem, contudo, invadir as competências deste e dos tribunais ordinários com a imposição de uma determinada solução criativa. O tribunal declara a norma inconstitucional e aponta a diretriz normativa ou principiológica que deve ser introduzida em sua substituição. A diretriz principiológica ou normativa apontada constitui advertência para o legislador corrigir o

¹³⁸ MORAIS, Op. cit., 437.

¹³⁹ MORAIS, Op. cit., 437.

¹⁴⁰ MORAIS, Op. cit., 438.

defeito dentro do prazo determinado, observando-se os parâmetros ali estabelecidos, bem como autoriza os juízes ordinários a suprirem a lacuna gerada¹⁴¹.

Essa técnica de decisão foi criada no sistema jurídico italiano como medida alternativa às decisões aditivas em sentido estrito, ante a manifesta resistência da jurisdição ordinária, notadamente a *Corte Di Cazassione*, em aceitar a eficácia vinculante pretendida na parte reconstrutiva das decisões aditivas outrora proferidas pelo Tribunal Constitucional. Assim, ao invés de reconstruir, de forma específica a norma impugnada, declara-se os princípios que deverão ser adotados no momento da aplicação da parte reconhecida como inconstitucional.

Essa forma de decisão também se justifica em situações nas quais a reconstrução pode ser feita por mais de uma maneira constitucionalmente válida. Nesse caso, ao invés de proferir uma sentença aditiva, com uma solução constitucionalmente obrigatória, que no caso seria inconstitucional por limitar outras soluções legítimas extraíveis da norma, o tribunal apenas enuncia um princípio constitucional que deverá ser respeitado, o qual vinculará tanto os tribunais ordinários, quanto o legislador¹⁴².

Carlos Blanco Morais entende que o princípio declarado pelo tribunal na decisão não possui efeito *erga omnes*, gerando efeitos meramente persuasivos, com eficácia indireta. Contudo, caso não observado pelos tribunais ordinários o princípio elencado tribunal constitucional, num segundo momento, o juiz constitucional poderá declarar a inconstitucionalidade da norma em uma nova impugnação, quando reunidos os requisitos para uma dupla pronúncia¹⁴³.

2.3. Sentenças substitutivas

As sentenças substitutivas declaram a inconstitucionalidade de determinada expressão adotada pelo legislador, substituindo-a por outra, desde que também observada a “lógica do sistema”. Há a declaração da nulidade do dispositivo, seguida de sua reconstrução, porém com conteúdo diverso, entendido como adequado para reparar o defeito daquela norma¹⁴⁴.

Carlos Blanco Morais lança fortes críticas ao instituto. Alega que ele é a maior expressão do ativismo dos tribunais, na medida em que, ao declarar a ablação de parte de uma norma, associada à junção de um enunciado normativo por ele escolhido, acaba por modificá-la. Não há uma decorrência lógica da norma impugnada ou de outra norma do sistema, tratando-se de uma pura criação pelo tribunal. Conclui que este tipo de decisão é altamente perturbadora do princípio da separação dos poderes¹⁴⁵.

¹⁴¹ SAMPAIO, As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo, p. 170.

¹⁴² MORAIS, Op cit, p. 442.

¹⁴³ MORAIS, Op cit, p. 443.

¹⁴⁴ SAMPAIO, Op cit, p. 171.

¹⁴⁵ MORAIS, Op cit, p. 448.

Exemplos da aplicação dessa técnica de decisão são os casos de declaração de inconstitucionalidade de determinada norma que atribua ao Ministro da Justiça a decisão sobre liberdades pessoais de estrangeiros, considerada inconstitucional pela ausência de competência da autoridade administrativa, com consequente reinterpretação do dispositivo, em que se passa a conferir tal prerrogativa à autoridade judiciária¹⁴⁶.

3. Sentenças transitivas

3.1. Sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo

As sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo são aquelas em que há o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo tribunal, porém não se pronuncia a nulidade da norma, mantendo-a em vigor por um certo período. Seu reconhecimento, em geral, vem acompanhado de medidas processuais, tais como o apelo ao legislador e a proibição de aplicação da lei (com suspensão de processos com o mesmo tema, autorização do emprego da analogia ou disciplina provisória da matéria)¹⁴⁷.

Essas sentenças são comumente utilizadas no direito alemão e possuem a finalidade de conferir ao legislativo um prazo para correção da situação de inconstitucionalidade normativa verificada pelo tribunal, preservando-se a prerrogativa do órgão legislativo na inovação da ordem normativa, mesmo em situações nas quais ato normativo anterior foi considerado inválido.

A aplicação dessas sentenças é comum em situações nas quais o juiz constitucional verificar que o legislador não tinha outra alternativa para a produção da referida lei, dado o contexto histórico existente no momento de sua produção; quando a inconstitucionalidade constatada pelo tribunal não for evidente, sendo a declaração da nulidade um elemento que colocaria em risco a segurança jurídica; quando ficar evidente que o vazio normativo causado pela anulação da norma causará mais prejuízos do que sua manutenção provisória; ou quando em análise determinadas disciplinas de caráter discriminatório¹⁴⁸.

Parte da doutrina apresenta críticas a este instituto, dada a mitigação ao princípio da constitucionalidade, notadamente nos sistemas de inconstitucionalidade com efeitos retroativos, pois ocasiona a manutenção no sistema jurídico de uma norma violadora da Constituição. Apontam, ainda, uma certa incoerência lógica no instituto, pois, a despeito da vantagem de conferir um período ao legislador para a adequação, traz o inconveniente de um período transitório da existência de uma norma inconstitucional¹⁴⁹.

¹⁴⁶ SAMPAIO, Op cit, p. 217.

¹⁴⁷ SAMPAIO, op cit, p. 218.

¹⁴⁸ URBANO, Maria Benedita - Curso de justiça constitucional, p. 112.

¹⁴⁹ URBANO, op cit, p. 114.

3.2. Sentenças apelativas, declaração de constitucionalidade provisória ou sentenças de "todavia constitucionalidade"

A sentença tem o conteúdo de rejeição do pedido inicial do reconhecimento da inconstitucionalidade, porém o tribunal antevê uma situação de inconstitucionalidade futura, motivando uma exortação ao legislador para que adote providências necessárias para modificação da situação atual¹⁵⁰.

Esse tipo de sentença é adotado na Alemanha e também na Itália. Segundo Gilmar Mendes, na Alemanha, há uma forte tendência de as forças políticas se adaptarem às decisões do Tribunal Constitucional, isto é, os provimentos do tribunal são levados em consideração no momento da formulação de decisões políticas, daí o motivo de se preferir, naquele país, as decisões de apelo às decisões manipulativas¹⁵¹.

Assevera que tais decisões tem por peculiaridade o abandono do caráter cassatório usual e se adota em seu lugar, o que se chama no Brasil, de uma decisão de caráter mandamental, conclamando o legislador a adotar medidas necessárias para superar o estado de inconstitucionalidade. Como efeito prático do reconhecimento da nulidade no ato normativo, o Tribunal procede a suspensão da aplicação da lei questionada¹⁵².

Cabe ressaltar, porém, como o próprio nome já diz, que a decisão de apelo não é vinculante ao legislador, nem implica numa automática declaração de inconstitucionalidade da norma, caso não haja a correção do vício apontado pela Corte. A decisão de apelo, em verdade, possui caráter obiter dictum, sendo sua inobservância apenas motivo para autorizar a Corte, num momento futuro, e em outra ação, a declarar a inconstitucionalidade da norma¹⁵³.

3.3. Sentenças de aviso

As sentenças de aviso também consistem em decisões de rejeição do pedido de inconstitucionalidade, em que prenunciam a mudança de orientação da jurisprudência sobre a matéria, informando ao legislador sobre a possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade em momento futuro. Tais sentenças são muito utilizadas na Alemanha e também nos EUA, no controle difuso, sendo sua adoção relacionada à mudança de jurisprudência com efeitos prospectivos¹⁵⁴.

3.4. Declaração de inconstitucionalidade com ablação diferida

A declaração de inconstitucionalidade com ablação diferida é aquela em que há uma declaração da nulidade da lei, porém o juiz constitucional posterga a incidência de seus efeitos

¹⁵⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite – A constituição reinventada pela jurisdição constitucional, p. 221.

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira - Apelo ao legislador na corte federal alemã, p. 37.

¹⁵² MENDES, Op. cit, p. 37.

¹⁵³ MENDES, Op. cit, p. 49-50.

¹⁵⁴ SAMPAIO, Op. cit, p. 222.

para momento futuro, com o fim de conferir ao legislador tempo para a edição de nova norma, evitando-se indesejável situação de vácuo normativo¹⁵⁵.

Sampaio entende que essas sentenças, em verdade, não poderiam ser consideradas intermediárias, em sentido próprio, pois não conduzem a uma decisão que esteja no meio termo entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade, mas apenas posterga os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Contudo, o autor reconhece a necessidade de tratá-las nessa mesma classificação, posto a situação atípica causada pelo lapso temporal entre o reconhecimento da inconstitucionalidade a o início da produção dos efeitos da decisão¹⁵⁶.

Possuem origem na Áustria, desde 1920, cuja Constituição confere ao Tribunal Constitucional o poder de postergar os efeitos da inconstitucionalidade por até 18 (dezoito) meses da decisão, possibilitando ao legislador tempo suficiente para a criação de nova norma com conteúdo apto a corrigir o vício da inconstitucionalidade verificado pelo Tribunal Constitucional¹⁵⁷.

a) Da restrição (ou modulação) dos efeitos da inconstitucionalidade

A declaração com ablação diferida é espécie de decisão intermediária transitiva, dado o seu potencial de mitigar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, possibilitando a manutenção provisória da vigência da lei declarada inconstitucional, de modo a conferir prazo hábil para a adaptação ao novo regime jurídico advindo da anulação ou mesmo conferir ao legislador tempo para a correção dos vícios constatados por meio de nova norma sobre o tema.

Este tipo de decisão é muito criticada por parte da doutrina, sob o argumento de que a manutenção da vigência de norma reconhecidamente inconstitucional, ainda que provisória, feriria o princípio da constitucionalidade, tratando-se de uma transação com a supremacia da Constituição – o que em muitos ordenamentos se mostra inadmissível. Também apontam que este tipo de decisão teria o condão de afetar o princípio da segurança jurídica, visto a incerteza gerada sobre os efeitos da decisão em momento futuro¹⁵⁸.

Contudo, há uma variante deste tipo de decisão que são as chamadas restrições dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Nesta espécie de decisão, o seu objetivo é o de realizar a restrição dos efeitos sancionatórios de caráter retroativo, normalmente existente na declaração de inconstitucionalidade. Assim, o papel da decisão restritiva é apenas o de

¹⁵⁵ SAMPAIO, Op. cit, p. 220.

¹⁵⁶ SAMPAIO, Op. cit, p. 220.

¹⁵⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite - As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo, p. 174.

¹⁵⁸ MORAIS, Carlos Blanco - Justiça constitucional, p. 360.

preservar as situações jurídicas já constituídas durante a vigência da norma nulificada, sem a preservação em momento posterior à declaração de inconstitucionalidade¹⁵⁹.

Diferem das sentenças com ablação diferida, pois seu objetivo primordial não é o de conferir prazo suficiente para o legislador corrigir o vício da inconstitucionalidade, mas sim o de reduzir eventuais efeitos danosos causados por uma declaração de inconstitucionalidade pura e simples. A utilização do instituto, no geral, está condicionada às hipóteses constitucionalmente previstas, comumente relacionadas à proteção da segurança jurídica, interesses sociais excepcionais ou a equidade.

A utilização deste instituto pelo tribunal constitucional é visto com apreensão, haja vista o risco de uma aplicação indiscriminada, com recorrentes restrições dos efeitos da inconstitucionalidade. Tal questão se mostra mais sensível diante daquelas situações de inconstitucionalidade gerada por normas tributárias flagrantemente violadoras de direitos fundamentais, o que poderia servir para fomentar a edição de leis inválidas pelo legislador/governo, ante a grande probabilidade de manutenção dos seus efeitos por decisão na fiscalização da inconstitucionalidade, estimulando assim a cobrança de exações manifestamente ilegais.

Não se pode olvidar que a declaração de inconstitucionalidade, com a destruição retroativa dos efeitos da norma impugnada, tem um importante papel de restabelecer a supremacia da Constituição e também de corrigir a situação jurídica das pessoas lesadas pela norma considerada inconstitucional. Portanto, a adoção deste expediente restritivo somente se mostra justificável em situações excepcionais, mediante fundamentação expressa e concreta. Além disso, muito embora haja um forte componente político nas hipóteses autorizadoras da restrição dos efeitos (segurança jurídica, proteção de interesse social relevante), não se pode olvidar que a avaliação do tribunal deve ter caráter estritamente jurídico, sopesando, concretamente, os princípios e direitos fundamentais envolvidos.

Carlos Moraes entende que a crítica principal à restrição dos efeitos não é o grande uso das decisões de restrição de efeitos, haja vista que em múltiplos casos a situação jurídica já está consolidada, sendo desnecessária e inconveniente a eliminação pura e simples da norma impugnada. Sua maior preocupação é a ausência de fundamentação mais aprofundada pelo tribunal, de modo que há o risco de se criar uma prática “carimbante” pelo órgão julgador nessas situações¹⁶⁰.

¹⁵⁹ MORAIS, Op. cit., p. 337.

¹⁶⁰ MORAIS, Op. cit., p. 353.

4. Questões sobre as espécies de decisões intermédias

A despeito da existência de várias espécies de decisões de caráter intermediário, é possível verificar que, em suma, elas tem o efeito de modificar o significado do dispositivo inconstitucional, por meio de uma operação interpretativa que implique na redução, ampliação ou alteração parcial da norma, ou então de conclamar o legislador a corrigir o defeito verificado pelo Tribunal por intermédio de um novo diploma normativo.

Tal divisão, não raramente, é alvo de críticas, pois se verifica certa fragilidade na delimitação dos conceitos das decisões intermediárias, em parte, em razão de sua fluidez. Não se pode olvidar, como dito acima, que as decisões intermediárias quase sempre implicarão na modificação da norma pela sua interpretação ou então numa advertência ao legislador para que promova a alteração do dispositivo questionado¹⁶¹.

As referidas técnicas de decisão também são comumente criticadas, pois implicariam numa violação da separação dos poderes, pois o órgão de controle teria um papel eminentemente criativo, usurpando função do legislador ordinário. Além disso, também se levanta a questão de que as decisões intermédias seriam uma forma de transigir com o princípio da supremacia da Constituição, pois em muitas situações a norma violadora da permanece em vigor por determinado período de tempo. Por fim, também se aponta que conferir ao tribunal o poder de manipular a interpretação cabível à norma, o momento de sua eficácia ou mesmo sua remodelação, seria uma forma de lhe conferir poderes próximos ao do constituinte originário.

Sampaio argumenta que as sentenças normativas pecam pelo excesso, demonstrando a voluntariedade do julgador. Acabam por servir de fonte formal de direito positivo, implicando na modificação e reconstrução do dispositivo legal. Por outro lado, nas sentenças transitórias, o juiz se mostra extremamente tímido, decidindo com uma cautela excessiva questões que necessitam de intervenção jurisdicional¹⁶².

Por sua vez, os defensores das decisões intermediárias apontam que sua aplicação é inevitável, até mesmo por razões pragmáticas, pois em algumas situações a nulidade total do dispositivo não resolveria as questões postas, convertendo-se em medida excessiva. Cite-se como exemplo de excesso a anulação de um dispositivo que padeça de omissão parcial, pois sua declaração de inconstitucionalidade poderia implicar num vácuo jurídico sobre as relações jurídicas legítimas regulamentadas por aquela norma, ao passo que a prolação de uma decisão

¹⁶¹ SAMPAIO, José Adércio Leite - A constituição reinventada pela jurisdição constitucional, p. 222.

¹⁶² SAMPAIO, José Adércio Leite - As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo, p. 189.

intermédia pode garantir a aplicabilidade do dispositivo e também a correção do vício de inconstitucionalidade anteriormente apontado¹⁶³.

Outro ponto favorável à utilização desse tipo de decisão é o de que as sentenças intermediárias podem ser vistas como expressão da autocontenção do poder judicial, pois garantem a preservação da norma e evitam declarações de nulidades desnecessárias. Ademais, as sentenças aditivas e modificativas podem ter grande utilidade, pois auxiliariam na fixação do sentido de alguns dispositivos, compensando corriqueira situação imprecisão terminológica¹⁶⁴.

Clemerson Clève é favorável a adoção das decisões intermediárias, porém menciona que o uso das dessas novas técnicas impõe a construção de um discurso jurídico rigoroso para a superação de alguns dogmas da doutrina tradicional, dentre os quais convém mencionar o do legislador negativo. Esclarece, porém, que para a defesa de direitos fundamentais se exige uma atuação pretoriana prospectiva, com consequente revisão do mal compreendido princípio da separação dos poderes. Ao final, defende uma dogmática constitucional mais agressiva, comprometida com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais, muito embora de forma mais responsável e consequente¹⁶⁵.

Gilmar Mendes, ao comentar o julgamento da ADPF n. 54 pelo STF, concluiu que a adoção de decisão intermediária no caso aproximou o tribunal da atuação de um verdadeiro legislador positivo. Para o jurista, seria possível antever um abandono do vetusto dogma do legislador negativo em prol da mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas aditivas já adotadas nas principais cortes constitucionais do mundo. Essa assunção de postura criativa teria um importante papel de solucionar antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão¹⁶⁶.

Percebe-se, portanto, que a doutrina – tanto os críticos, quanto os entusiastas das decisões intermediárias - reconhecem a adoção de um papel acentuadamente criativo pelo tribunal constitucional ao proferir essas decisões, situação que o aproxima da figura de um legislador positivo, haja vista que esta criatividade implica na concretização de princípios e valores constitucionais, até mesmo na correção de normas editadas pelo legislativo.

Essa nova situação, contudo, não é inócua, pois acaba por trazer à tona novamente as críticas sobre os limites da legitimidade no exercício da jurisdição constitucional. Afinal, o papel criativo do tribunal o coloca em concorrência com o legislador democraticamente eleito,

¹⁶³ BRANDÃO, Rodrigo – O STF e o dogma do legislador negativo, p. 198; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva – Controle concentrado de constitucionalidade das leis, p. 466.

¹⁶⁴ BRANDÃO, Op. cit., p. 200.

¹⁶⁵ CLÉVE, Clemerson Merlins - A fiscalização abstrata da constitucionalidade, p. 270.

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva – Controle concentrado de constitucionalidade das leis, p. 470.

revelando novamente a questão da dificuldade contramajoritária. Além disso, é possível vislumbrar um abandono dos limites anteriormente estabelecidos para a função do juiz constitucional, como seu o papel de legislador negativo ou a postura de autocontenção.

Nessa linha, a atuação do tribunal em relação aos demais poderes, sem os devidos balizamentos, pode ter por consequência a redução injustificada do papel de conformação do legislador, bem como de uma perigosa restrição do âmbito de possibilidades da tomada de decisões de caráter político, o que, em última instância, pode ser um elemento a fragilizar o princípio democrático, posto a indevida restrição da legítima atuação dos representantes eleitos pelo povo.

Portanto, se mostra necessário discutir os limites democráticos da jurisdição constitucional na tomada de decisões de caráter intermediário, questão que será tratada com mais detalhes no próximo capítulo. Antes, porém, convém fazer uma breve exposição sobre a previsão e também da aplicação deste instituto nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português.

5. Aspectos normativos no Brasil e em Portugal

As sentenças intermédias decorrem da prática jurisprudencial dos tribunais e acabaram por serem positivadas em vários ordenamentos jurídicos, tornando-se uma realidade em vários países. Os ordenamentos jurídicos brasileiro e português não fogem a esta tendência, conforme demonstraremos a seguir.

5.1. Sentenças intermediárias em Portugal

A questão da aplicabilidade das decisões intermediárias no ordenamento jurídico português é revestida de certa polémica doutrinária, notadamente pelo restrito tratamento expressamente conferido ao tema pela Constituição da República Portuguesa. Com exceção da restrição dos efeitos da inconstitucionalidade, prevista no n. 4, do art. 282, da CRP, as demais espécies de decisão são fruto de construção doutrinária e jurisprudencial.

Maria Lúcia Amaral defende que uma construção detalhada e sofisticada das decisões intermediárias não é necessária em Portugal, pois a CRP prevê expressamente a disposição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, especificando as condições precisas em que aplicável tal dispositivo, o qual deve ser interpretado em sua textualidade. Em razão de tal previsão expressa, não seria necessário ao tribunal recorrer a expedientes como as sentenças apelativas do direito alemão¹⁶⁷. Aponta, ainda, que a fiscalização da inconstitucionalidade recai sobre normas e não sobre o dispositivo. Deste modo, a necessidade de demonstração do sentido da norma e a sua aplicação constitui em ônus muito mais da parte do que do tribunal,

¹⁶⁷ AMARAL, Maria Lúcia - As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa, p. 3.

dai porque as chamadas decisões interpretativas seriam mais raras no ordenamento jurídico português¹⁶⁸.

Carlos Morais considera que o ordenamento jurídico português admite três espécies de decisões intermediárias: a) sentenças que modelam a eficácia temporal da decisão; b) interpretativas (de acolhimento ou rejeição); b) sentenças com efeitos aditivos¹⁶⁹. De outro lado, entende que a ordem jurídica portuguesa repele o uso das sentenças apelativas, na medida em que a manutenção da norma jurídica inconstitucional estaria em desconformidade com os efeitos típicos das decisões, previstos no n. 1 e 2, do art. 282, da CRP, além de desafiar o princípio da constitucionalidade, o que também seria aplicável às sentenças de inconstitucionalidade com eficácia para o futuro¹⁷⁰.

De fato, a despeito de serem admitidas pela doutrina portuguesa, há uma preocupação em que as decisões intermediárias não sirvam de artifício para a invasão das prerrogativas do legislador, com a realização de escolhas políticas sobre o conteúdo da norma, dos tribunais ordinários, por meio de uma vinculação das instâncias ordinárias à interpretação do Tribunal, ou que fragilize o princípio da constitucionalidade, previsto no n. 3, do art. 3º, da CPR, com a manutenção da eficácia de normas manifestamente inconstitucionais.

As decisões interpretativas (interpretação conforme ou declaração parcial de nulidade sem redução do texto) são admitidas pela doutrina e comumente aplicadas pelo Tribunal Constitucional, apesar de não serem expressamente previstas no texto constitucional. Contudo, a despeito de sua corriqueira aplicabilidade na prática jurisprudencial, o tema merece alguns esclarecimentos, notadamente diante de suas peculiaridades na fiscalização sucessiva abstrata.

O n. 1, do art. 281 da CRP, estabelece que o tribunal declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de quaisquer normas (“a”). Por limitar este efeito às decisões de inconstitucionalidade, no sistema português não há a figura da chamada declaração de constitucionalidade¹⁷¹. Em verdade, nos casos de não se reconhecer o vício da norma, o julgamento do tribunal se traduz numa “não declaração de inconstitucionalidade”¹⁷².

A ausência de efeitos vinculantes na decisão de rejeição da inconstitucionalidade tem um impacto sobre a aplicabilidade e utilidade da interpretação conforme a Constituição no controle abstrato, já que não se confere ao tribunal Constitucional poderes para decretar, com força obrigatória, determinada interpretação da norma, isto é, não se confere ao julgador o

¹⁶⁸ AMARAL, Op. cit., p. 5.

¹⁶⁹ MORAIS, Carlos Blanco - Justiça constitucional, p. 261-62.

¹⁷⁰ MORAIS, Op. cit., p. 327.

¹⁷¹ MEDEIROS, Rui - A decisão de inconstitucionalidade, f. 398.

¹⁷² CORREIA, Fernando Alves – Justiça Constitucional, f. 331.

papel de definir a interpretação normativa entendida como mais consentânea com a Constituição. Deste modo, tal técnica de decisão no controle abstrato tem os mesmos efeitos de uma simples decisão de rejeição, sendo que a interpretação indicada pelo tribunal ostenta apenas efeitos persuasivos para os demais órgãos jurisdicionais¹⁷³¹⁷⁴. Ao tribunal se confere papel de guardião da Constituição, porém isso não o torna um intérprete-geral ou porta-voz supremo da lei¹⁷⁵.

O mesmo raciocínio, porém, não é aplicável às decisões de declaração da inconstitucionalidade sem redução do texto, posto que o reconhecimento do vício em determinada interpretação do dispositivo legal possui força obrigatória geral, vinculando os demais órgãos jurisdicionais, pois o seu conteúdo decisório atinge não somente a fundamentação, mas também a parte dispositiva da decisão do tribunal.

Parte da doutrina, a exemplo Correia, considera que a opção do tribunal pela utilização das decisões de acolhimento em detrimento das de rejeição se dá mais por uma questão de ordem pragmática¹⁷⁶ do que por expediente de caráter teórico¹⁷⁷, visto que sua utilização, muitas vezes, tem o nítido propósito de já conferir força obrigatória geral à suas decisões, o que não se vislumbraria nos casos de decisões de interpretação conforme, cuja parte dispositiva se limita a rejeitar a demanda.

É possível extrair da jurisprudência do Tribunal a adoção da declaração parcial da nulidade sem redução do texto no controle de constitucionalidade sucessivo¹⁷⁸. No Acórdão n. 90/88, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 82 do Regulamento de Disciplina Militar, na parte em que não permite ao arguido escolher defensor e ser por ele assistido em processos nos quais sejam aplicadas penas disciplinar ou restritivas de liberdade, salvo em situações nas quais as circunstâncias, objetivamente, não permitirem a escolha ou a assistência do defensor (quando em campanha, em situações extraordinárias ou estando as forças fora dos quartéis ou bases – art. 83.2). Do mesmo modo, no acórdão n. 148/94, que

¹⁷³ MIRANDA, Jorge - Fiscalização da constitucionalidade, p. 85; MEDEIROS, Op. cit., p. 406.

¹⁷⁴ A utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição é aplicada no processo de controle concreto de constitucionalidade, haja vista que, nos termos do art. 80.3, da Lei 28/82, a interpretação dada pelo Tribunal Constitucional no referido recurso é vinculante aos demais tribunais intervenientes naquele processo. Neste sentido, cf. CORREIA, Op. cit., p. 335. Deste modo, é possível a utilização da técnica de interpretação conforme pelo Tribunal Constitucional no exercício do controle concreto de normas. Cite-se como exemplo o Acórdão n. 106/2016, em que o Tribunal resolveu “Interpretar as normas da alínea b) do artigo 9.º da Lei da Nacionalidade portuguesa e da alínea b) do n.º 2 do artigo 56.º do Regulamento da Nacionalidade portuguesa no sentido de que o impedimento de adquirir a nacionalidade portuguesa, nelas previsto, decorrente da condenação em pena de prisão de máximo igual ou superior a três anos, deve ter em conta a ponderação do legislador efetuada em sede de cessação da vigência da condenação penal inscrita no registro criminal e seu cancelamento e correspondente reabilitação legal”.

¹⁷⁵ CANAS, Vitalino - Os efeitos das decisões do tribunal constitucional, p. 229.

¹⁷⁶ CORREIA, Op. cit., p. 337;

¹⁷⁷ MEDEIROS, Op. cit., p. 398.

¹⁷⁸ CORREIA, Op. cit., p. 339.

reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 6.º, n.º 2, conjugado com o art. 16, n. 2, todos da Lei n.º 20/92 (Lei de propinas), na parte em que permitia a fixação de percentagem do montante das propinas acima de 25%, conforme ocorrera nos anos de 1993-94, 1994-95 e seguintes, por violação do artigo 74.º, n.º 3¹⁷⁹.

As sentenças de carácter aditivo também são aplicadas pelo Tribunal Constitucional. É possível citar como exemplo o Acórdão n. 143/85, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 69 do Estatuto da Ordem dos Advogados, na parte em vedava a docência pelo advogado em disciplinas que não fossem jurídicas, possibilitando a incidência da exceção a todos os docentes. Cite-se também o Acórdão n. 103/1987, que declarou a inconstitucionalidade do art. 69, 2, da Lei n. 19/82, na parte em que excluía o direito do agente militarizado de Polícia de apresentarem queixas ao Provedor de Justiça, por ações ou omissões dos poderes públicos responsáveis por essa Polícia, quando tais queixas não tenham por objeto a violação dos seus direitos.

As sentenças demolitórias com efeitos aditivos não geram maiores questionamentos no ordenamento jurídico português, na medida em que o conteúdo aditivo da decisão é mera consequência dos efeitos ablativos da decisão de inconstitucionalidade, não havendo maiores questionamentos sobre eventual invasão do tribunal sobre a competência dos demais órgãos de soberania (legislativo e tribunais).

Por sua vez, as sentenças aditivas em sentido estrito possuem aplicação controversa, na medida em que a adoção de uma parte reconstrutiva da decisão é vista como uma forma de delimitar a aplicação da norma reconstruída, com uma indevida imposição de uma interpretação aos demais tribunais, o que não é admitido no ordenamento jurídico português, ante a falta de previsão constitucional de força obrigatória geral neste tipo de decisão. Assim, segundo Carlos Blanco, este tipo de decisão pouco vem sendo utilizada pelo tribunal constitucional, que, numa postura de *self restraint*, se recusa a transmitir força obrigatória ao componente da decisão que integra a lacuna deixada pela parte ablativa. Nas hipóteses em que se utiliza deste expediente, prefere adotar aquelas que tenham um conteúdo constitucionalmente obrigatório¹⁸⁰.

Não se vislumbra impedimento na opção pela utilização de sentenças aditivas de princípio, na medida em que, nesse caso, o conteúdo reconstrutor não é posto em carácter impositivo aos demais tribunais, mas apenas em carácter persuasivo. Nesse caso, ao se deparar

¹⁷⁹ CORREIA, Op. cit., p. 340, afirma que este é um exemplo de aplicação da decisão de inconstitucionalidade parcial no âmbito temporal.

¹⁸⁰ MORAIS, Op. cit., p. 433 e 439.

com a norma declarada parcialmente inconstitucional, o tribunal de destino poderá seguir as balizas propostas pelo Tribunal Constitucional para a reconstrução da norma.

As decisões restritivas dos efeitos da inconstitucionalidade no controle abstrato estão expressamente previstas no n. 4, do art. 282 da CRP. Como regra geral, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional (artigo 282, 1), salvo quando esta é anterior ao parâmetro constitucional – caso em que o momento do início dos efeitos será a entrada em vigor desta – e implicam na repristinação de eventual norma revogada.

A limitação temporal dos efeitos é considerada como uma decisão intermediária, na medida em que esta destoa do natural rigor da decisão de inconstitucionalidade – com caráter retroativo e repristinatório – adequando-a às exigências da situação concreta¹⁸¹. Atribui-se ao tribunal poderes para decidir, em cada caso, as situações sobre as quais haverá limitação dos efeitos da decisão.

Nos termos do n. 4, do art. 282, o Tribunal Constitucional, por exigência de razões de equidade, segurança jurídica ou interesse público de excepcional relevo, poderá fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou ilegalidade em momento mais restrito do que os efeitos mencionados no parágrafo anterior, porém somente poderá adotar tal decisão se o ficar de forma fundamentada. Apesar de sua admissão como hipótese de decisões intermediárias, o disposto no n. 4, do art. 282, deve ser aplicado em situações excepcionais, visto que a própria Constituição dispõe sobre sua incidência somente nos casos de segurança jurídica, equidade e interesse público de excepcional e relevante interesse.

Logo, os poderes conferidos ao tribunal neste caso são de limitado papel criativo, visto recair apenas sobre a decisão quanto ao momento do início da produção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, restrição da eficácia esta que somente poderá perdurar até a data da publicação do acórdão no Diário da República¹⁸², além de ter as suas hipóteses

¹⁸¹ MIRANDA, Jorge – Fiscalização da constitucionalidade, p. 88.

¹⁸² Há certa divergência na doutrina sobre limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade para momento futuro ao da publicação no Diário da República. Fernando Alves cita como exemplo deste expediente os acórdãos de n. 532/2000 e o n. 353/2012, em que se declarou a inconstitucionalidade das normas do orçamento de 2012, porém permitiu a produção de seus efeitos até o fim daquele ano. Contudo, o autor entende que a interpretação do art. 282 não permitiria a limitação dos efeitos para após a publicação no diário, ressaltando que, apesar de não permitida, a sua aplicação pelo tribunal ocorreu de maneira cautelosa, somente em situações de absoluta excepcionalidade (Cf. CORREIA, Op. cit., p. 353/353). Jorge Miranda também se manifesta contrariamente à limitação dos efeitos para o futuro, porém reconhece que o Tribunal Constitucional já se utilizou de tal técnica de decisão em situações excepcionais (Cf. MIRANDA, Op. cit., p. 351). Canotilho considera que o limite temporal absoluto para a limitação dos efeitos da inconstitucionalidade é a publicação do acórdão (Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito constitucional e teoria da constituição, p. 1018). Em sentido contrário, Rui Medeiros defende a limitação para o futuro da declaração de inconstitucionalidade. Sustenta que a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade está fundamentada em razões de ordem constitucional, que também abrange a limitação para o futuro. Caso se verifique a necessidade, em concreto, da manutenção da norma em momento futuro ao da publicação no diário, observado o princípio da proporcionalidade, deve o

de admissão expressamente previstas no texto constitucional. Deste modo, tais poderes não são vistos como de natureza político-legislativo¹⁸³.

Segundo Rui Medeiros, a limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade não se constitui em um poder de conformação política, mas um efetivo poder de controle. Não se trata de um papel político tal como o do legislativo, passível de ser exercido a depender da conveniência e oportunidade, mas de uma competência jurisdicional, que, presentes os requisitos constitucionais, deve obrigatoriamente ser exercida¹⁸⁴. Portanto, o caráter modificativo dessas decisões não poderia ser considerado como hipótese poderes quase legislativo¹⁸⁵.

Sobre as decisões não admitidas no ordenamento português, como já mencionado acima, a doutrina majoritária não considera cabível a aplicação das decisões de conteúdo apelativo pelo Tribunal Constitucional, notadamente nos casos em que não se declara a nulidade da parte inconstitucional do dispositivo, ante a manifesta transação com o princípio da constitucionalidade, bem como pela ausência de poderes ao tribunal de direcionar a atividade legislativa, muito menos fixar prazo ao legislador para modificar a legislação¹⁸⁶.

Em sentido contrário, Vitalino Canas entende ser cabível sua utilização, na medida em que tais decisões poderiam servir, excepcionalmente, para manutenção da norma, quando os efeitos da inconstitucionalidade forem de pequena monta, a nulidade se mostrar extremamente gravosa e não houver nenhuma outra decisão intermediária disponível¹⁸⁷. Sustenta, ainda, o jurista que não há vedação expressa na Constituição em se permitir a manutenção da vigência de normas inconstitucionais, nas hipóteses em que não se mostrar tão graves, a exemplo do n.

tribunal determiná-la. Aqui não há se falar em violação do princípio da constitucionalidade, posto que há regra constitucional exigindo a manutenção temporária da norma (Cf. MEDEIROS, Rui - A decisão de inconstitucionalidade, p. 725). Solução alternativa à restrição para o futuro já foi adotada pelo Tribunal Constitucional no caso da declaração de inconstitucionalidade do "Acordo, por troca de notas, entre o Governo Português e o Governo dos Estados Unidos da América, aprovado pelo Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros, de 04 de Maio de 1984, pelo qual se autoriza o Governo dos Estados Unidos da América a instalar em território nacional uma estação electro-optica para vigilância do espaço exterior (GEODSS)", oportunidade em que se restringiu os efeitos da declaração da inconstitucionalidade até a publicação do acórdão (Acórdão n. 168/1988, de 13/07/1988), porém realizou a publicação da citada decisão somente após quase 3 (três) meses do julgamento (Diário da República n. 235/1988, de 10/11/1988), o que, na prática, acabou por conferir prazo suficiente para a correção do vício. Canotilho entende faltar arrimo constitucional em tal conduta do tribunal, ressaltando que tais efeitos poderiam ser obtidos por meios mais transparentes, como a delimitação do n. 4, do art. 282 (Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito constitucional e teoria da constituição, p. 1019). Carlos Blanco, por outro lado, considera que tal artifício é menos lesivo à ordem constitucional do que eventual restrição dos efeitos para o futuro, sob o fundamento de se mostra mais respeitoso da sanção da nulidade, já que os efeitos seriam imediatos; e por não contrariar a Constituição, nem a legislação em matéria de publicação, em que pese o seu caráter malabar, ao contrário da postergação dos efeitos para o futuro (MORAIS, Carlos Blanco de - Justiça constitucional, p. 367-68).

¹⁸³ MIRANDA, Op. cit., p. 348.

¹⁸⁴ MEDEIROS, Op. cit, p. 695.

¹⁸⁵ MEDEIROS, Op cit, p. 500.

¹⁸⁶ CORREIA, Op. cit., p. 357.

¹⁸⁷ CANAS, Vitalino - Os efeitos da decisão do tribunal constitucional, p. 235.

4, do art. 282, e do art. 277. Além disso, não se pode olvidar o papel do tribunal em garantir a segurança jurídica, a equidade e o interesse público de excepcional relevo¹⁸⁸.

Canotilho defende ser de duvidosa aceitação a aplicabilidade das sentenças apelativas em Portugal, porém considera que ela poderia ser útil, em especial nos casos de omissão inconstitucional¹⁸⁹. Considera inadmissível as sentenças de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, pois confrontarem o princípio da constitucionalidade, pontuando que o risco de lacunas legislativas não constitui permissivo para o desmoronamento daquele princípio¹⁹⁰. Ressalta, porém, que os efeitos pretendidos com as sentenças de declaração da inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade podem, na ordem jurídica portuguesa, ser alcançados pela aplicação do n. 4, do art. 282, da CRP, que autoriza a limitação dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade¹⁹¹.

5.2. Sentenças intermediárias no Brasil

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não dispôs de forma expressa sobre as sentenças intermediárias. Entretanto, as leis que regem as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade (Lei 9.868/99) e também a Lei da ação de descumprimento de preceito fundamental – ADPF (Lei 9.882/99) possuem disposições específicas sobre as decisões de interpretação conforme a Constituição e a modulação temporal dos efeitos da decisão.

A Lei 9.868/99, em seu art. 28, parágrafo único, confere eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal às decisões de interpretação conforme a Constituição e à declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto. De outra banda, nos termos do art. 10, da Lei 9.882/99, no julgamento da ADPF o STF poderá fixar o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental objeto da arguição.

A jurisprudência do STF possui vários exemplos de aplicação das referidas técnicas de decisão. Podemos citar como exemplos a ADI 939, em que o STF reconheceu a inconstitucionalidade sem redução do texto de lei tributária, na parte em que determinava a cobrança de imposto no mesmo ano de sua edição, o que foi considerado como violação do princípio da anterioridade tributária. Na ADI 5.971/DF, o tribunal reconheceu a inconstitucionalidade da lei de políticas públicas de valorização das famílias no Distrito Federal, por meio de interpretação conforme a Constituição, sobre o dispositivo que excluía do conceito de entidade familiar as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

¹⁸⁸ CANAS, Op. cit., p. 230.

¹⁸⁹ CANOTILHO, Op. cit., p. 958.

¹⁹⁰ CANOTILHO, Op. cit., p. 1018.

¹⁹¹ CANOTILHO, Op. cit., p. 957.

A distinção entre a aplicação das decisões de interpretação conforme e as de declaração da nulidade sem redução do texto muitas vezes não se mostra muito claras na jurisprudência do STF, parte disso em razão de que ambas decisões possuem eficácia vinculante perante os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, conforme se extrai do próprio dispositivo legal.

Entretanto, a vinculatividade da declaração de constitucionalidade é alvo de diversas críticas doutrinárias. Isso porque a imposição de um determinado sentido da norma pelo STF tem por efeito a restrição do poder de interpretação dos tribunais ordinários, impedindo a aplicação do dispositivo adotando-se outras aceções constitucionalmente possíveis e válidas¹⁹².

Em certo aspecto, o poder do Tribunal em determinar uma interpretação específica do dispositivo tem o condão de modificá-lo, na medida em que, apesar da possibilidade de existirem várias escolhas legítimas, o tribunal fixa aquela que entende mais em conformidade com a Constituição, situação na qual ele acaba por se aproximar do legislador. Tal fato se mostra mais gravoso quando aliado à previsão de efeitos vinculantes da decisão e também se considerada a coisa julgada material sobre esta decisão, posto o potencial de cristalizar o referido entendimento, sem possibilidade de questionamento futuro.

Lênio Streck critica a eficácia vinculante na declaração de constitucionalidade, sob o argumento de que a eficácia geral da declaração da constitucionalidade impediria a evolução da interpretação das regras constitucionais resultantes da alteração das circunstâncias e das concepções jurídicas atinentes à norma. O efeito vinculante, então, aprisiona o tempo e a história do sentido do texto normativo, impedindo o aparecimento de outras hipóteses de incidência do texto objeto de interpretação¹⁹³.

Luis Barroso também critica a atribuição de coisa julgada material na improcedência das ações de inconstitucionalidade. Argumenta que, em momento futuro, é possível o surgimento de novos argumentos, novos fatos, mudanças formais ou informais da Constituição, ou mesmo da transformação da realidade, que altera o impacto ou a percepção da norma. Defende que a declaração de constitucionalidade não deveria ser abarcada pelo manto da coisa julgada, o que possibilitaria a propositura de nova ação, caso verificada a modificação de um dos fatores acima listados¹⁹⁴.

Para Gilmar Mendes, a decisão pelo tribunal sobre a constitucionalidade da lei impede nova discussão da matéria, haja vista ser dotada de eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.

¹⁹² MORAIS, Carlos Blanco de - Justiça constitucional, p. 298.

¹⁹³ STRECK, Lenio Luis - Jurisdição constitucional, p. 412 e p. 420.

¹⁹⁴ BARROSO, Luis Roberto - O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 222.

Entretanto, nas hipóteses de significativa mudança das circunstâncias fáticas e também das concepções jurídicas dominantes, a exemplo de situações de mutação constitucional ou da interpretação da lei, seria cabível a reanálise da norma. Salienta que, seguindo os ensinamentos de Liebmann e Savigny, essas sentenças contém implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que a modificação das circunstâncias que cercam a norma, podem torná-la inconstitucional¹⁹⁵.

Nesse diapasão é possível concluir que, a despeito de não haver previsão específica sobre a existência ou não de coisa julgada material sobre as decisões declaratórias de constitucionalidade, fato é que a doutrina entende pela possibilidade de nova apreciação da matéria pelo tribunal, caso modificadas as circunstâncias que ensejaram a decisão originária.

Ainda sobre a possibilidade de prolação de decisões de inconstitucionalidade sem redução do texto, tal instrumento é considerado como de grande importância na correção das chamadas omissões relativas, assim chamada “exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, na medida em que permite ao tribunal realizar a correção da norma naquilo que a torna injustificadamente discriminatória.

A jurisprudência do STF vem reconhecendo a fungibilidade entre ações de inconstitucionalidade por ação e omissão, tendo em vista que, muitas vezes, não ser possível reconhecer de plano a natureza da violação constitucional. Assim, é possível ao tribunal selecionar o instrumento mais adequado para superação da situação inconstitucional¹⁹⁶. Tal fato ganha maior relevância, tendo em vista o entendimento preponderante na doutrina de que a omissão relativa consiste em modalidade de inconstitucionalidade por ação, notadamente em casos de violação da isonomia, visto decorrer de um tratamento discriminatório pelo legislador¹⁹⁷.

No que tange às decisões aditivas e modificativas, apesar da ausência de previsão legal, também é possível se observar a sua utilização pelo STF. Exemplo de sua aplicação pode ser extraído do acórdão proferido na ADPF n. 54, em que o tribunal acrescentou uma excludente de ilicitude ao Código Penal, nos casos de aborto de feto anencefálico. Também houve a aplicação desta técnica de decisão no acórdão preferido na ADI 4275, que deu interpretação conforme ao artigo 58 da Lei de Registros Públicos, para conferir aos transgêneros o direito à mudança de prenome e sexo no registro civil, independentemente de prévia cirurgia de transgenitalização.

¹⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira - Jurisdição constitucional, p. 413-14.

¹⁹⁶ MENDES, Op. cit., p. 439-40.

¹⁹⁷ CLEVE, Clemerson Merlin - A fiscalização abstrata da constitucionalidade, p. 328; CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito constitucional e teoria da constituição, p. 1036.

Exemplo mais drástico da ampliação do âmbito da norma ocorreu na ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 26, em que o Tribunal reconheceu a mora do Congresso Nacional na implementação de legislação incriminadora para proteção de integrantes do grupo LGBT. Na oportunidade, também deu interpretação conforme para enquadrar a homofobia e a transfobia, em qualquer de sua forma de manifestação, aos tipos penais previstos na Lei 7.716/89 (Lei que Define os crimes de preconceito de raça ou cor), até a superveniência de legislação autônoma nesse sentido.

A referida decisão inova por ampliar o conteúdo de norma penal incriminadora, fazendo incluir em seu bojo espécie de discriminação anteriormente não interpretada como pertencente ao tipo penal, e também por conferir efeitos vinculantes à ação de inconstitucionalidade por omissão, que tradicionalmente tem por efeito somente a notificação do Congresso Nacional para cientificá-lo da mora legislativa.

No que concerne à modulação temporal dos efeitos, a Lei n. 9.886 estabelece, em seu art. 27, a permissão de restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, bem como sua eficácia a partir do trânsito em julgado da decisão ou de outro momento a ser fixado pelo Tribunal, desde que presentes razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, disposição praticamente repetida no art. 11, da Lei da ADPF. A legislação brasileira difere do Direito português, pois permite a fixação dos efeitos da inconstitucionalidade para um momento futuro ao da decisão, possibilitando ao Tribunal conferir prazo ao legislador para correção da situação de inconstitucionalidade criada pela lei impugnada¹⁹⁸.

Parte da doutrina possui dúvidas sobre a constitucionalidade do dispositivo, sendo esta norma alvo de diversas críticas. O primeiro argumento sobre sua inconstitucionalidade decorre do fato de a regulamentação não ter sido realizada no bojo do texto constitucional, mas através de lei ordinária. Segundo parte da doutrina, tal opção legislativa violaria a chamada “reserva de Constituição”, na medida em que a restrição dos efeitos da inconstitucionalidade, por limitar o poder do legislador e por transacionar com a regra geral da nulidade, somente poderia ser positivada em norma constitucional¹⁹⁹.

Outrossim, a própria existência do instituto é questionada por parte da doutrina, posto que a possibilidade de manutenção de uma norma reconhecida como inconstitucional seria uma forma de transacionar com o princípio da supremacia da Constituição, fragilizando a sua higidez²⁰⁰. Destaque-se para a existência de duas ações diretas de inconstitucionalidade em

¹⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira - Controle de constitucionalidade, p. 566.

¹⁹⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite - A constituição reinventada pela jurisdição constitucional, p. 241.

²⁰⁰ OMMATTI, José Emílio Medauar - De legislador negativo a legislador positivo, p. 65.

que se questiona a validade dos dispositivos acima apontados (ADI 2.154 e 2.258), porém ambas ainda não foram julgadas pelo STF.

Gilmar Mendes defende o instituto da modulação dos efeitos. Sustenta que, no direito brasileiro, vige o princípio da nulidade, em que as normas consideradas inconstitucionais são nulas desde o início. Contudo, salienta a existência de outros princípios com status constitucional, a exemplo da segurança jurídica. Nessa linha, argumenta pela possibilidade de ponderação entre esses princípios, com consequente a possibilidade de restrição dos efeitos da inconstitucionalidade, quando se mostrar ser a solução mais adequada ao caso, tudo isso feito após um severo juízo de ponderação²⁰¹.

Na mesma alinha, Gustavo Binebojm entende não haver inconstitucionalidade no citado dispositivo, uma vez que o fundamento das decisões de restrição dos efeitos da inconstitucionalidade não é o referido dispositivo questionado, mas sim a proteção de outros valores constitucionais, ligados à segurança jurídica ou excepcional interesse social, e que poderiam ser colocados em risco, caso inexistisse a possibilidade de mitigação dos efeitos retroativos. Assim, na visão do autor, ao aplicar o dispositivo, o STF não estará sobrepondo uma lei à Constituição, mas realizará a ponderação de valores e princípios de mesma hierarquia constitucional²⁰².

Assim, percebe-se que, a despeito de críticas doutrinárias à positivação do instituto por meio da lei ordinária ou mesmo da existência do instituto em si, fato é que prepondera na doutrina a possibilidade de restrição dos efeitos da inconstitucionalidade – inclusive para momento futuro à publicação do acórdão – entendimento que é largamente aplicado pela jurisprudência do STF.

Feita uma análise das sentenças intermediárias aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro, que permite a utilização de várias das figuras acima classificadas, bem como de sua aplicação em amplas situações e efeitos, há de se concluir pela predominância do entendimento de um amplo uso do instituto. Contudo, tal posição não deixa de ser alvo de questionamentos, notadamente pela possibilidade de violação das prerrogativas do legislador, o que nos traz novamente a questão dos limites democráticos no exercício da jurisdição constitucional.

²⁰¹ MENDES, Op. cit., p. 448.

²⁰² BINENBOJM, Gustavo - A nova jurisdição constitucional brasileira, p. 231.

CAPÍTULO 3 - DOS LIMITES DA LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NAS DECISÕES INTERMEDIÁRIAS

1. Transformações sociais e modificação dos contextos de aplicabilidade das normas

O intenso papel criativo dos juízes nas decisões de caráter intermediário acaba por aproximar a atividade judicante de atividades que antes se entendiam como exclusivas do legislador. Tal constatação acaba por reabrir a discussão sobre o espaço de atuação dos tribunais constitucionais e sua legitimidade em atuar criativamente nas atividades de controle.

Contudo, a despeito das discussões e críticas doutrinárias sobre o tema, a adoção das decisões intermediárias é um fato consumado em muitos ordenamentos jurídicos, pois estão consolidadas nas práticas jurisprudenciais dos tribunais e estão positivadas em suas constituições. Desse modo, a discussão não mais gira em torno da legitimidade da adoção destas decisões, mas sim sobre quais os limites dos poderes conferidos ao tribunal para proferi-las. Em suma, a preocupação atual é com a extensão dos poderes dos tribunais ²⁰³.

Este debate, entretanto, não deve se circunscrever de forma peremptória aos mesmos parâmetros anteriormente utilizados para a análise ou crítica aos poderes dos tribunais constitucionais. Isso porque o contexto atual do controle abstrato de constitucionalidade é bastante diverso daquele existente no momento de sua criação, o que deve ser levado em consideração para avaliação do atual quadro fático em que está inserida a jurisdição constitucional.

A análise dos limites deve ser efetuada a partir da compreensão de que os critérios para sua avaliação são variáveis e sujeitos a transformação, como a história do povo, as aspirações da sociedade, sua estrutura social e os processos políticos, não sendo adequada apenas uma análise puramente abstrata, sem qualquer correlação com tais elementos, principalmente sobre os limites concretos estabelecidos por cada ordenamento jurídico²⁰⁴.

Esta tarefa, portanto, é cercada de grandes dificuldades, pois a tentativa de uma definição, de forma abstrata e geral, dos limites da legitimidade pode não corresponder às inúmeras possibilidades advindas dos ordenamentos jurídicos existentes. Afinal, cada sociedade possui a prerrogativa de melhor definir a forma como organizarão seus sistemas de controle, de sorte que um modelo teórico que exclua algumas das experiências possíveis não teria utilidade para descrição e conhecimento do tema proposto.

Segundo Schneider, se as controvérsias sobre jurisdição tivessem aspecto meramente acadêmico, não obteríamos conclusões muito precisas sobre seus limites e controle legítimos,

²⁰³ MOREIRA, Vital - Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade, p. 180.

²⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro - El “formidable problema” del control judicial y la contribucion del analisis comparado, p. 63.

e suas transgressões seriam reprovadas em cada caso concreto. De outro lado, a delimitação firme de limites materiais, institucionais ou funcionais se mostra inviável, quase se assemelhando à quadratura do círculo. Contudo, essas dificuldades não podem implicar no abandonar a fixação desses limites, sob pena de se correr o risco de tribunal o dono da Constituição, na medida em que a sua autoridade fática provém dessa delimitação²⁰⁵.

Feitas essas considerações, pontuo, inicialmente, algumas modificações no contexto fático-jurídico que influenciaram na modificação do papel da jurisdição constitucional, bem como no desenvolvimento das decisões intermediárias.

1.1. Sociedade de massas

As sociedades atuais sofreram um processo de “massificação” decorrente da revolução industrial e crescimento vertiginoso das populações urbanas. Caracteriza-se por um modelo econômico de produção, distribuição e consumo de bens e serviços de proporções de massa²⁰⁶. Estes processos industriais possibilitaram um incremento inigualável da produtividade das sociedades, porém trouxe consigo um aumento exponencial dos problemas a serem enfrentados.

O desenvolvimento tecnológico modificou a estrutura da sociedade, possibilitando o fornecimento de novos produtos e serviços anteriormente inexistentes, bem como provocaram uma profunda modificação nas relações interpessoais. Por consequência, essas novidades ocasionaram o surgimento de novas questões jurídicas a serem apreciadas.

A produção industrial vem acompanhada do consumo de recursos naturais e também de uma ineficiência na adequada gestão das externalidades negativas dessas atividades, o que revelou a possibilidade de exaurimento dos recursos no planeta e do risco de uma colapso ambiental global, trazendo as questões da necessidade de proteção do meio ambiente. A maior integração das sociedades causadas pela disponibilidade de inúmeros meios de comunicação e transporte trouxeram consigo novas formas de criminalidade, inclusive de caráter transacional, que expuseram as dificuldades dos Estados nacionais em lidar com o fenômeno criminoso. A utilização de produtos de natureza nuclear para as mais diversas atividades, como a produção de energia, medicina ou agricultura, implicaram em problemas quanto à segurança deles ou mesmo no correto manejo dos seus dejetos na natureza. O crescimento desordenado das cidades, a ausência de planejamento e o acesso a meios de locomoção são fatores criaram problemas relacionados à urbana e à manutenção de um meio ambiente urbano sadio, etc.

²⁰⁵ SCHNEIDER, Hans-Peter - Jurisdicción constitucional y separación de poderes, p. 38.

²⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro - Juizes legisladores, p. 57.

Essas inovações tecnológicas e o incremento produtivo exigiu a regulamentação de condutas e atividades econômicas que sequer existam no contexto normativo de outras épocas. Além disso, os problemas decorrentes dessas inovações também demandaram a criação de novas instituições dentro da burocracia estatal para fiscalização e repreensão de eventuais infrações. Outrossim, o Estado alterou seu papel de mera autoridade punitiva para um importante indutor da economia, além de fornecer novos serviços à população. Nesse novo contexto, se verificou por necessária a criação de novos instrumentos jurídicos para tutela para solução destes problemas de caráter coletivo²⁰⁷.

Em razão disso, é possível perceber uma mudança no papel do Estado no decorrer do século XX. Ao contrário do contexto mundial existente no primeiro quarto do século passado, em que prevalecia um modelo de estado de viés liberal, que assumia apenas funções restritas, em especial nas relações econômicas, o Estado atual regula uma ampla gama de matérias e possui uma grande estrutura burocrática destinada à prestação dos mais diversos serviços à população. Atualmente, o Estado é um importante protagonista nas relações econômicas e sociais.

Cite-se como exemplo dessa transformação, o desenvolvimento da legislação previdenciária ao longo do século passado, com uma ampla expansão da cobertura protetiva ao cidadão, que naturalmente veio acompanhada da criação de um órgão específico para essa atividade e gestão dos recursos alocados para tanto²⁰⁸. Também não se pode olvidar o desenvolvimento do direito ambiental, que partiu de normas esparsas sobre proteção de bens específicos, passando a normas pontuais de conservação e do meio ambiente e não sua preservação, para uma última fase com a finalidade de garantir sua proteção integral²⁰⁹.

²⁰⁷ CAPPELLETTI, Op cit, p. 57.

²⁰⁸ Aponta-se como marco inicial da previdência social a Lei dos Seguros Sociais da Alemanha, em 1883, que instituiu benefícios como o auxílio-doença, seguida de normas de seguro de acidente de trabalho, de invalidez e velhice. No Brasil, a primeira lei de cunho previdenciário foi editada em 1923 (Decreto-Lei 4.982, ou Lei Eloy Chaves), que tinha por objeto a proteção exclusiva dos ferroviários. A previdência pública surgiu efetivamente em 1933, com a criação do Instituto de Previdência dos Marítimos – IAPM, surgindo posteriormente a previdência dos bancários (1934), industriários (1936), servidores do estados e empregados nos transportes de cargas (1938). A Lei Orgânica da Previdência Social (Lei 3.807/1960) unificou o plano de benefício dos diversos institutos. Por meio da Lei Complementar 10/1971, houve a inclusão dos trabalhadores rurais no sistema previdenciário, com a criação de benefícios específicos a esta categoria. Com a Constituição de 1988, houve a transformação para um sistema de seguridade social, que engloba a previdência, a assistência e a saúde pública, sendo esta última de caráter universal (Cf. AMADO, Frederico - Curso de direito e processo previdenciário, p. 90-96).

²⁰⁹ Sirvinskas divide a proteção ambiental no Brasil em três fases: a) O primeiro período seria de 1500 até a vinda da família real ao Brasil (1808), período este em que havia normas isoladas de proteção a recursos naturais que poderiam se escassear, tal como o Regimento do Pau Brasil de 1605; b) segundo período (de 1808 a 1981) começa com o descobrimento (1500) e vai até a vinda da Família Real Portuguesa (1808), em que se verifica uma exploração desregrada do meio ambiente, com uma preocupação pontual para conservação do meio ambiente, criando-se normas de proteção mais ampla para limitação da exploração descontrolada. As normas desse período possuíam caráter individualista e uma relação direta com regulação da propriedade privada; c) terceiro período: se inicia com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981) e se caracteriza

Cappelletti pontua que quanto mais dinâmica e prospera é uma sociedade, mais externalidades ela produzirá e mais urgente será a necessidade de intervenção estatal, tornando-se um desafio aos governos criarem soluções para estes problemas. O aumento da regulamentação de todos esses novos temas, por óbvio, exige um aparelho administrativo sempre mais complexo. Assim, o Estado que antes era puramente legislativo se torna um Estado administrativo, podendo se perverter em um estado policial²¹⁰.

1.2. Mudança na estrutura normativa

O incremento da atividade estatal e a ampliação de temas a exigirem regulamentação também provocaram mudanças na estrutura das normas produzidas, pois não mais se considera como apropriada para regulamentação de certas questões jurídicas pelo clássico sistema de normas de caráter estrito.

Em um contexto de um Estado com atividades mais restritas, a legislação adota técnicas em que basta a simples definição de regras de conduta, estabelecendo as consequências para a sua inobservância. Noutro lado, as legislações de caráter social ou que tratam de temas de caráter marcadamente coletivo possuem a finalidade de promover transformações na sociedade, sendo marcadas pela delimitação de suas finalidades e princípios, ao passo que deixam a especificação das condutas ou das ações específicas a cargo de autoridades do poder executivo, autoridades regionais ou a novas instituições de caráter técnico²¹¹.

Cappelletti defende que, ao contrário do Estado policial, que tinha por objetivo apenas a função de proteção por meio da previsão de normas de caráter repressivo, o novo modelo estatal tem função promocional, adotando uma postura mais ativa, com ações prolongadas no tempo²¹².

A diversidade e amplitude dos temas regulamentados pelo Estado, muitos deles de caráter acentuadamente técnico, totalmente estranhos à realidade da população e até mesmo dos representantes eleitos, ocasionou a criação de diplomas legais com transferência do poder de decisões sensíveis a órgãos do poder executivo (cite-se como boa parte da legislação ambiental, sobre transportes ou tratamento de resíduos sólidos)²¹³.

pela tentativa de proteção integral ao meio ambiente, por meio de um sistema ecológico integrado (SIRVINSKAS, Paulo - Manual de direito ambiental, p. 88-89).

²¹⁰ CAPPELLETTI, op cit, p. 36-9.

²¹¹ CAPPELLETTI, op cit, p. 41.

²¹² Idem.

²¹³ John Ely apresenta críticas à tendência do legislativo em editar leis de caráter abstrato, sem especificações sobre o seu real conteúdo, e deixar a regulamentação de questões difíceis sobre o tema aos órgãos técnicos do executivo ou alguma comissão governamental independente. Considera que tal postura é errada por ser antidemocrática, haja vista que os legisladores se recusa a fazer o seu papel, de modo a escaparem de responderem por seus atos em caso de insucesso da norma. Contudo, a assunção da responsabilidade pela

Como as sociedades modernas são mais complexas e plurais, antigos consensos atingidos por grupos hegemônicos não alcançam a estabilidade por longos períodos e se tornaram cada mais difíceis de serem atingidos. Agora, os diversos grupos possuem suas diferentes pautas e demandas, que são apresentadas ao debate público, na tentativa de estabelecer sua positivação por meio da legislação.

Essa heterogeneidade dos valores também alterou a estrutura das Constituições. De simples declarações de caráter político, que conferiam ao parlamento a supremacia para a decisão final sobre a regulação das condutas, agora carregam em si uma série de valores, muitos deles conflitantes, consagrando pautas e valores defendidos pela pluralidade de grupos políticos que compõem a sociedade²¹⁴. Além disso, a positivação dos direitos fundamentais acabou por inserir no seu bojo uma série de princípios de caráter abstratos, vinculantes, os quais condicionam a atividade do legislador, estabelecendo-lhe limites.

O estabelecimento de limites ao legislador pela Constituição transforma seu papel de “poder soberano”, cuja representação máxima era a ideia da supremacia do parlamento, para um órgão também submetido à Constituição e que deve desempenhar suas atividades dentro dos limites por ela estabelecidos, promovendo seus valores fundamentais.

Essas mudanças no ordenamento jurídico, agora abertas e principiológicas, de caráter técnico e com transferência de poderes a órgãos estranhos ao legislativo, derivadas de uma Constituição criada sob uma infinidade de valores, muitos conflitantes, acaba por incrementar o poder e o exercício do papel criativo dos juízes na atividade de controle.

Zagrebelsky relata que o modelo de Estado decimonônico tinha por pressuposto que todo o direito estava fundado na Lei. Este modelo estatal é a expressão do poder de burguesia e apenas comportava os seus valores, considerando antijurídico tudo aquilo que não estivesse abrangido por eles. Contudo, com a afirmação de valores de uma pluralidade de grupos políticos, a manutenção das normas nesses moldes não se mostra mais possível, emergindo daí a ideia do que seria um direito dúctil.

Neste novo contexto, o jurista italiano aponta que a Constituição passa a abranger todos os valores destes grupos, mesmo quando contraditórios, o que modifica a forma de aplicação das normas, que, ante a impossibilidade de serem reconhecidas como detentoras de

decisão política é fundamental para o funcionamento de uma república democrática, já que não faz muito sentido se preocupar com questões como a distribuição do sufrágio ou de outros direitos políticos subjetivo, se as decisões políticas importantes não forem tomadas pelas autoridades eleitas. Não se mostra fácil impor a assunção desse papel decisório ao congresso nacional, pois apresentam argumentos como a dificuldade de se criar normas com decisões detalhadas num mundo complexo e instável. Ely responde que os órgãos legislativos podem se cercar de um corpo técnico para ajudá-lo na criação de normas mais detalhadas. O segundo ponto é que não se exige que as leis sejam mais detalhadas do que se mostra possível no caso, mas apenas vê como importante que as leis contenham orientação para decisões políticas, o que faz falta em boa parte das leis (ELY, John Hart - Democracia e desconfiança, p. 177-79).

²¹⁴ CLEVE, Clemerson Merlin - Constituição, democracia e intensidade de controle, p. 9.

um caráter absoluto, passam agora a ostentar um caráter relativo. Essa nova característica exige a ponderação de valores em cada ocasião de sua aplicação, com o fim de possibilitar a conformação destes. Essa realidade complexa leva à situação de que o sistema jurídico seja constituído por princípios e não somente por regras²¹⁵.

Bachoff aponta uma diminuição na confiança depositada no legislador e na sua capacidade de atuar como órgão voltado à proteção dos valores fundamentais da Constituição. Baseia esse argumento primeiramente na própria modificação no conceito de lei, que de um ato normativo geral e abstrato, sujeito aos valores de justiça, se tornou hoje um mero ato de conformação política, orientado a um fim para superação de uma situação concreta, planejada a curto prazo e negociada entre grupos antagônicos.

Por sua vez, também se verifica um enfraquecimento da representatividade dos parlamentares eleitos individualmente, que passam a ser vinculados a mandatos dos partidos políticos e das diretrizes partidárias. Esses parlamentares estão sujeitos a pressões políticas próprias do sistema eletivo, que acaba por deixá-los menos propensos a tomarem decisões sobre temas juridicamente relevantes, notadamente quando não se mostram atrativos do ponto de vista político-eleitoral. Também se observa, por fim, um enorme incremento na carga de trabalho dos parlamentares, o que os impedem de dar o devido cuidado e atenção a cada um dos temas tratados.

Em razão desse enfraquecimento da figura do parlamento e a desconfiança gerada perante a sociedade em relação à atividade legislativa, Bachoff defende que deve haver uma instituição que sirva de contrapeso para resguardar os valores fundamentais da Constituição, que no caso ele conclui ser o Poder Judiciário²¹⁶.

1.3. Mudanças no Poder Judiciário

A compreensão do papel dos juízes também se modificou, pois não são mais vistos como “mera boca da lei”, com atribuições estritamente vinculadas e sem qualquer papel criativo. Agora, há o reconhecimento de que a aplicação de normas jurídicas, inevitavelmente, conduz a uma grande carga criativa pelo aplicador. Em verdade, a compreensão atual é de que a aplicação da norma contém um indissociável processo de criação.

O acentuado papel criativo na aplicação de normas jurídicas se mostra potencializada quando se tem em conta que as constituições atuais são compostas por uma série de princípios de caráter abstratos, muitos deles veiculando valores contraditórios entre si. A partir destes marcos normativos, a atividade de controle pelo julgador passa a exigir maior juízo de ponderação para a construção das normas aplicáveis ao caso concreto, bem como se revela

²¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo - Derecho Dúctil, p. 110.

²¹⁶ BACHOFF, Otto - Jueces y constitución, p. 51-54.

carregada por uma certa subjetividade. Todos estes elementos acabam por aumentar o poder de ingerência dos juízes sobre os atos normativos sindicados²¹⁷.

O reconhecimento do papel criativo dos juízes na aplicação das normas, principalmente no controle de constitucionalidade das leis, traz uma nova perspectiva sobre o fenómeno da interpretação, que não pode mais ser entendida como uma mera operação de subsunção da norma mais abstrata para a norma individualizada, por meio de um simples juízo racional do intérprete. A interpretação deve ser vista como um processo de construção do sentido da norma, cuja dinâmica permite ao intérprete a escolha dentre alternativas possíveis na moldura normativa. Essa escolha, muitas vezes, é feita com base no sistema de valores do intérprete, revelando o seu aspecto político²¹⁸.

Para além dessas mudanças na percepção dos poderes dos juízes, também se verifica uma profunda mudança na estrutura do Poder Judiciário, notadamente pela difusão dos tribunais constitucionais por diversos países.

Após o fim da segunda guerra mundial, houve uma expansão na criação dos tribunais constitucionais, a exemplo da instituição de destes órgãos em países como Alemanha e Itália²¹⁹. Depois disso, na década de 70, Portugal e Espanha também instituíram tribunais, após vivenciarem longo período de ditaduras fascistas. Por fim, após a superação dos regimes ditatoriais na América latina e também com o esfacelamento do bloco socialista, vários destes países também adotaram algum modelo de jurisdição constitucional²²⁰.

A criação de tribunais constitucionais na Europa do pós segunda guerra mundial possui conotação diversa da de tempos de outrora. Antes, pelo modelo austríaco de controle de constitucionalidade, o tribunal constitucional tinha papel principal de preservação das competências do parlamento perante o governo e também dos poderes dos órgãos locais em relação ao governo central. Em resumo, o sistema kelseniano originário tinha como finalidade precípua a preservação da competência dos órgãos de soberania e a regularidade do sistema jurídico²²¹.

Agora, o contexto é bastante distinto. As Constituições surgidas no pós guerra contém em seu bojo declaração de direitos fundamentais, normalmente positivados mediante

²¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro - Juízes legisladores, p. 42.

²¹⁸ KELSEN, Hans - Teoria pura do direito, p. 390-92; CAPPELLETTI, op cit, p. 24-26.

²¹⁹ Rubio Llorente argumenta que na Europa a jurisdição constitucional é uma instituição própria de novas democracias. Desenvolveu-se naqueles Estados que possuem uma tradição democrática mais débil, isto é, marcados por períodos de quebra da ordem democrática, instituindo tribunais constitucionais nos períodos de democratização. Portanto, para o autor, haveria uma correlação negativa entre estabilidade democrática e jurisdição constitucional. Deste modo, o autor entende lhe causar certa perplexidade a afirmação de ser a jurisdição constitucional a coroação do Estado democrático de direito (Cf. RUBIO LLORENTE, Francisco - Once tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa, p. 340).

²²⁰ MIRANDA, Jorge - Fiscalização da constitucionalidade, p. 129-130.

²²¹ KELSEN, Hans - Justiça Constitucional, p. 124, 181-182.

princípios abstratos. Muitos desses direitos são de caráter social e econômico, os quais exigem uma expansão dos serviços do Estado para a população, que passa a atuar ativamente na promoção destes direitos. Assim, a atividade atual do órgão de controle se tornou muito mais complexa, diversificada e fragmentada que em outros tempos²²².

Além disso, esses princípios possuem caráter vinculante ao legislador, pois condicionam o exercício de sua atividade e o também produto de sua atuação, também são interpretados como fontes diretas de direitos aos cidadãos. Tal modificação, acaba por aumentar o número de questões submetidas ao Poder Judiciário e também aos tribunais constitucionais, conferindo grande abertura decisória aos juízes.

Segundo Bachoff, o Poder Judiciário não é mais visto apenas segundo suas competências formais, ou seja, no controle dos órgãos legislativo e executivos, ou como árbitro de conflitos estatais. O fundamento desta mudança é o fato de que, nessa nova ordem, os direitos fundamentais vinculam o legislador e são considerados diretamente aplicáveis nas situações concretas, tratando-se de pressupostos de aplicabilidade das leis²²³.

Cappelletti também pontua as modificações no contexto do Poder Judiciário. O jurista italiano visualiza uma modificação na dinâmica das relações entre os poderes, surgida no contexto do Welfare State. Na nova realidade constitucional, o incremento das atividades estatais provoca um gigantismo das atividades do legislador. Com o incremento das atividades legislativas, também se observa um incremento da atividade da Administração, o que poderá facilitar atuação opressora por parte dela ²²⁴. Para além do gigantismo dos entes estatais, o autor também verifica uma fragilização de sua legitimidade, uma vez que há uma desilusão da sociedade para com ambos os entes de soberania, em razão de não responderem aos seus anseios, e também por uma incompreensão dos assuntos complexos atualmente tratados pelos órgãos estatais ²²⁵.

Em sequência, afirma que a manutenção do regime democrático exige a existência do equilíbrio dos poderes, com a configuração de órgão de controle com poderes suficientes para fazer frente ao gigantismo dos demais órgãos, que no caso se atribui ao Poder Judiciário. Conclui o autor, o crescimento dos demais poderes implicou no aumento das competências e atribuições do Poder Judiciário²²⁶.

A adoção das decisões intermediárias desponta como uma tentativa de preservar as normas produzidas pelo legislador, sem descuidar da necessidade da observância dos valores

²²² CAPPELLETTI, Mauro - Juízes legisladores, p. 52.

²²³ BACHOFF, Op. cit., p. 40-41.

²²⁴ CAPPELLETTI, op cit, p. 43.

²²⁵ CAPPELLETTI, op cit, 46.

²²⁶ CAPPELLETTI, op cit, 53-54.

fundamentais previstos na Constituição, o que muitas vezes recai numa correção de defeitos encontrados na legislação. Essa maior intervenção do tribunal em espaços que anteriormente se confiavam exclusivamente ao legislador e ao governo, traz a rediscussão dos limites de sua atuação.

Após tudo que foi pontuado, consideramos que a discussão sobre esse tema deve ser realizada à luz das transformações acima apontadas, sob pena de eventuais críticas ao instituto serem feitas com base em parâmetros sociais, culturais e jurídicos anacrônicos, não correspondentes à realidade dos ordenamentos jurídicos atuais.

2. Ativismo judicial

O ativismo judicial é apontado como uma das consequências negativas da atuação criativa dos juízes, ocasionando uma indevida politização da justiça, com a assunção pelo tribunal de decisões fundadas em elementos exteriores à norma jurídica, com evidente escolhas políticas.

Esta ideia é bastante relevante na discussão sobre os limites de atuação dos tribunais constitucionais, especialmente quando na adoção das decisões intermediárias, pois, em geral, as decisões polêmicas do Poder Judiciário são tachadas de ativistas, numa clara manifestação de censura da atividade desempenhada pelo Tribunal em que se evidencia o exercício de um amplo papel criativo.

Apesar do uso corrente da expressão, evidenciando a importância deste conceito do ponto de vista doutrinário, ante sua função manifesta de estabelecer uma definição de situações nas quais o Poder Judiciário atua fora dos limites de sua competência, uma questão preliminar a ser levantada desde logo é a falta de clareza sobre o conceito de ativismo judicial, sobre sua delimitação e hipóteses de ocorrência.

Kmiec denuncia a ausência de clareza sobre o conteúdo deste termo. Segundo o jurista, o conceito traduz a ideia de que ativismo seria uma forma imprópria do exercício da jurisdição, porém ressalta que essa alegada impropriedade conduz a diversas acepções. Para alguns, a mera anulação da Lei pelo Poder Judiciário já seria considerado ativismo, visto suposta invasão das competências do legislador; outros considerariam a inobservância dos precedentes, ou o exercício de atividade criativa pelo tribunal, ou ainda a inobservância dos cânones hermenêuticos, como ativismo. Acrescenta que nem sempre a decisão ativista é o equivalente a uma decisão boa ou ruim, concluindo que a redução de uma decisão como “ativista” é falhar em analisar se ela é imprópria, prejudicial ou errada²²⁷.

Conclui que a mera acusação de ativismo judicial significa nada ou muito pouco, pois o termo adquiriu significados muito distintos e até mesmo contraditórios. No entanto, adverte

²²⁷ KMIEC, Keenan D. - The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism", p. 33.

que, se bem desenvolvido, esse termo poderia ser um excelente ponto de partida para avaliação e possibilitaria iniciar uma discussão a respeito do poder judicial²²⁸.

A questão sobre a ausência de uma certeza sobre o conceito de ativismo judicial também foi tratada por Barnett, o qual também denunciou que o uso indiscriminado do termo acabou por torná-lo um clichê constitucional, um termo vazio de conteúdo real²²⁹.

O termo realmente é cercado de dificuldades, pois, como já pontuado acima, a atividade judicial possui o caráter precipuamente criativo, possibilitando ao intérprete a escolha de significados para a disposição legal e também, muitas vezes, exigirá a construção da norma por meio da ponderação de valores. E, por implicar em escolhas entre resultados igualmente válidos, a atribuição de significado possui caráter político. Logo, a acusação de ativismo com base na criatividade, na simples possibilidade de escolhas, ou mesmo pelo conteúdo político da decisão, pode carecer de sentido.

Não obstante a imprecisão do termo, fato é que a ideia de ativismo judicial perpassa por uma preocupação em relação à postura adotada por alguns juízes de dar interpretação expansiva ao texto constitucional, notadamente na aplicação de direitos fundamentais, o que, muitas vezes, implica num choque com as escolhas feitas pelo legislador. Essa possibilidade de invasão das atividades legislativas reabre a questão dos limites de atuação dos tribunais.

Luis Barroso diz que a ideia de ativismo judicial está ligada a uma ampla e intensa participação do Judiciário na concretização da Constituição, o que acarreta maior interferência deste nos espaços de atuação dos demais Poderes. Entende que, nestes casos, há um distanciamento dos juízes de suas funções típicas de aplicação do direito e uma aproximação de uma função que mais se assemelha à criação do direito²³⁰.

O tema guarda complexidade nos dias atuais, pois, como mencionado acima, as Constituições preveem uma série de princípios abstratos e impõe deveres ao legislador e ao governo, o que acaba por reduzir a liberdade de atuação destes órgãos, ao passo que confere ao Poder Judiciário, órgão de controle por excelência, o dever de fiscalizar eventuais omissões ou desvios. Assim, a alegação de ativismo ilegítimo pelo Poder Judiciário deve ter em conta esses fatores.

Não se pode olvidar que a atividade decisória é uma atividade criativa, não podendo ser considerada como uma simples tarefa de subsunção normativa, ainda quando o resultado desse trabalho interfira nas atividades do legislador. Assim, mormente em face de um parâmetro constitucional estruturado sobre princípios de caráter abstrato, a atividade de

²²⁸ KMIEC, Op. cit., p. 37.

²²⁹ BARNETT, Randy E. - Constitutional cliches, p. 495.

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto – O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, p. 365-6.

aplicação normativa, incluindo o controle de constitucionalidade, acaba por possibilitar ao julgador a formulação de interpretações não unívocas, que conduzem a avaliações discricionárias²³¹.

Cappelletti sustenta que os críticos do ativismo judicial negligenciam a questão relevante sobre a aplicação das normas jurídicas. Dada a expansão das funções legislativas, houve um enorme incremento das atividades do parlamento, o que ocasionou uma sobrecarga de trabalho naquele órgão. Além disso, algumas das normas produzidas possuem caráter vago, deixando decisões políticas cruciais para a fase de interpretação e aplicação, bem como pela remanescência da vigência de leis consideradas obsoletas. Ambas características conferiram aos órgãos jurisdicionais um certo grau de ativismo sem precedentes²³².

Contudo, a despeito da margem de criação dada ao poder judicial, haverá situações nas quais o parâmetro normativo constitucional permitirá a adoção de mais de uma solução jurídica, que são igualmente válidas. Nessas situações, em que verificada mais de uma solução legítima, a invalidação da escolha do legislador deve ser considerada como uma forma de atuação ilegítima. O conceito de ativismo judicial emerge neste contexto como um limitador para a ação do tribunal constitucional: ele não pode decidir sobre determinado tema quando evidenciada a possibilidade de solução das questões constitucionais por mais de uma solução aceita pelo texto constitucional, soluções estas que não são definidas apenas por critérios jurídicos, mas demandam a realização de um juízo de conveniência e oportunidade.

Na doutrina portuguesa, muitos juristas se manifestam contrariamente ao ativismo judicial, considerando-o uma atuação indevida dos tribunais, a exemplo de Maria Urbano, que entende que as constituições são fruto de um compromisso de várias forças sociais e políticas. Deste modo, quando o juiz constitucional age de forma ativa, ele acaba por optar por uma posição política em detrimento de outras. Entretanto, as escolhas de caráter político somente poderiam ser realizadas pelos agentes eleitos, pois sua liberdade de atuação está contraposta à obrigação de prestação de contas aos cidadãos (é o que se denomina no direito americano de *accountability*)²³³.

Fernando Correia rejeita o ativismo judicial, reputando-o como um comportamento claramente inconstitucional, pois implica numa expansão ou ampliação, pelo próprio juiz, do seu âmbito de competência e dos efeitos de suas decisões. Tal postura atingiria a separação dos poderes, pois implicaria no desrespeito às opções políticas adotadas pelo legislador ²³⁴.

²³¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira - Jurisdição constitucional e política, p. 151-53.

²³² CAPPELLETTI, Mauro - Who Whaches the Wachmen, p. 8.

²³³ URBANO, Maria Benedita – Curso de Justiça constitucional, p. 149.

²³⁴ CORREIA, Op. cit., p. 128.

Ponto interessante que afeta a questão sobre o ativismo judicial e esse novo papel desempenhado pelos tribunais constitucionais é uma modificação das expectativas em relação ao papel de autocontenção (*self restraint*), conceito já tratado em momento anterior como um dos limitadores do exercício da atividade dos tribunais constitucionais e como um dos elementos para verificação de sua legitimidade. Tradicionalmente, a autocontenção exige uma postura de deferência do tribunal às escolhas do legislador.

Entretanto, essa deferência não se mostra possível, muitas vezes, perante uma ordem constitucional que exige do legislador e da administração pública a implantação de uma série de prestações em favor de sua população. Como sabido, Constituições de caráter social não se limitam a regulamentar condutas de caráter punitivo ou de liberdades de caráter negativo, mas exige dos órgãos estatais a implantação de uma série de serviços e direitos de caráter prestacional. O texto constitucional traça balizas que orientam futura produção legislativa, o que, em certo aspecto, reduz o espaço de atuação do parlamento e aumenta o da jurisdição, incluindo-se a jurisdição constitucional²³⁵.

Nesse contexto, ao tribunal constitucional, cujo papel primordial é o controle da atividade do legislador e do governo, não se mostra compatível a postura de simples deferência, quando estiver diante de frontal violação de princípios fundamentais. Afinal, a inação do legislador e do governo pode, por via omissiva, violar esses direitos, havendo na Constituição prevê mecanismos jurídicos a permitir o controle pelo tribunal.

Muitos autores no Brasil, ponderam sobre esse incremento do poder dos tribunais em fiscalizar a atividade do legislador, quando demonstrada a violação dos direitos fundamentais. Cite-se como exemplo, Clemerson Clève, que considera que o controle não deve ser nem ativista e nem deferente, mas deve transitar entre uma posição de autocontenção e de controle forte. Como a Constituição é analítica e ampla, muitas dessas questões que antes eram circunscritas exclusivamente à política, agora podem ser judicializadas, sendo decididas pelo tribunal. Nesse novo modelo, não há que se falar em ativismo judicial²³⁶.

Para André Ramos Tavares, a postura de autocontenção poderá desembocar na deslegitimação da atuação da Justiça Constitucional em áreas em que tem sido decisiva. A possibilidade de atuação material do tribunal constitucional oferecida pela Constituição torna inadmissível a exclusão de sua atuação em determinada área. Deste modo, o *self restraint* somente poderia funcionar como um elemento co-legitimador da Justiça Constitucional ²³⁷.

²³⁵ NOBRE JUNIOR, Op. cit., p. 155.

²³⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin – Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional, p. 15.

²³⁷ TAVARES, André Ramos – O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva, p. 06.

Vital Moreira critica a postura ativista dos juízes, que se verifica em boa parte na prática das decisões manipulativas ou construtivas, pois aqui eles, deliberadamente, se vestem na a função de legislador. De outro lado, considera que o princípio da autocontenção judicial é intrinsecamente contraditório e insuscetível de interpretação razoável, haja vista que o papel do juiz constitucional de censurar do legislador somente é cabível na medida em que este esteja vinculado pela Constituição, independentemente da decisão tomada. Conclui que, verificada a vinculação do legislador e a violação à Constituição, não resta ao juiz outra alternativa senão a anulação da norma, independentemente de eventual caráter “político” desta ²³⁸.

Outro aspecto que também deve ser abordado é o fato de que muitos consideram como ativista a postura dos julgadores em inserirem valores morais de caráter subjetivos em suas decisões, atribuindo a tal conduta a pecha de antidemocrática. Autores como Ely propõem que o preenchimento de tais valores deveria ser confiado apenas ao legislador, cabendo ao tribunal somente a atuação de forma procedimental, com a garantia da representatividade do sistema, com a desobstrução dos canais de mudança política, e da participação de minorias ²³⁹.

Embora essa limitação seja muito bem aplicável no direito norte-americano, cuja Constituição é de caráter sintético, em constituições mais analíticas muitos destes valores já estão positivados através de princípios abstratos existentes no bojo do texto constitucional ²⁴⁰. Nessa situação, a aplicação da norma não depende da inclusão de valores morais do julgador ou princípios extratextuais ²⁴¹, mas exigirá do julgador a concretização e a ponderação entre os valores já positivados no texto constitucional, conferindo a atividade de controle caráter substantivo.

Nobre Júnior defende que o ativismo judicial brasileiro possui uma faceta especial, pois a Constituição impôs ao congresso integrar os comandos constitucionais, porém, frequentemente, o órgão legislativo incorre em mora, esquivando-se de assuntos de relevo. Em face disso, em várias situações, o STF acabou por atuar supletivamente em lugar do legislador, notadamente por existir permissivos legais a autorizar a atuação do tribunal ^{242 243}.

²³⁸ MOREIRA, Vital - Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional, p. 194-97.

²³⁹ ELY, John Hart - Democracia e desconfiança, p. 136-37.

²⁴⁰ URBANO, Op. cit., p. 120.

²⁴¹ CLEVE, Op. cit., p. 09.

²⁴² NOBRE JUNIOR, Op. cit., p. 159. No mesmo sentido: SOUSA FILHO, Ademar Borges de – Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira, p. 148.

²⁴³ Caso interessante a indicar essa atuação do STF nos casos de omissões do legislador é o reconhecimento da mora na criação de legislação sobre a aposentadoria especial do servidor público. Existe norma constitucional exigindo a edição de ato normativo para disciplinar o tema, consoante o atual art. 40, § 4º-C (antigo art. 40, § 4º, III), porém, a despeito de se tratar de uma norma vigente desde 2005, ela não foi regulamentada. Em face do longo período sem regulamentação e ante a necessidade de vários servidores usufruírem do benefício de

3. O tribunal constitucional como legislador positivo

O novo panorama político, social e jurídico também afeta a ideia do chamado legislador negativo. Tal conceito foi apresentado no capítulo primeiro e ali foi mencionado que sua finalidade era a de restringir o papel criativo dos tribunais constitucionais, conferindo-lhes apenas o papel de anular as leis, o que serviria como mecanismo para preservação da exclusividade da atividade “criativa” ao legislador. A teoria foi criada dentro de um contexto e de percepção de democracia em que as decisões fundamentais deveriam ficar exclusivamente a cargo do parlamento.

A ideia do legislador negativo sempre foi bastante criticada pela doutrina, notadamente em face da discordância de ela poderia ser classificada, de fato, como legislação. Outra questão tormentosa na teoria do legislador negativo é a ausência de uma clara delimitação de como se daria a conciliação entre o exercício de uma atividade estritamente negativa pelo órgão de controle, cujas atribuições estariam exaustivamente delimitadas na Constituição, e o reconhecimento do inevitável papel criativo dos juízes no momento da decisão, questão não esclarecida por Kelsen. Em certo aspecto, há uma contradição entre a ideia do legislador negativo e a do juiz com atribuições criativas.

Contudo, o legislador negativo, para além das críticas em sua categorização ou natureza, tem a importante finalidade política de exigir do tribunal uma postura de maior autocontenção, preservando-se assim o espaço de conformação do legislador. Nessa linha, o tribunal somente exerceria a atividade anulatória, enquanto a inovação do ordenamento jurídico, através da criação de novos direitos e obrigações, ficaria a cargo somente do legislador. Exige-se, portanto, do tribunal uma postura de respeito a esse espaço, o qual possui a sua própria lógica e dinâmica. Tal teoria ocupou um importante papel no modelo de controle delimitado por Kelsen.

O controle de constitucionalidade não é um mecanismo estático, que sempre atendeu as mesmas finalidades²⁴⁴. No momento de sua criação, os tribunais constitucionais tinham como função precípua a garantia do equilíbrio federativo e a regularidade do exercício das

aposentadoria especial (cabível em situações nas quais o servidor labora em ambientes submetidos a agentes nocivos), o STF, na ação de Mandado de Injunção 721, decidiu pela aplicabilidade das mesmas regras dos segurados do Regime Geral da Previdência Social (julgado em 30/08/2007, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno). Posteriormente, o Tribunal editou Súmula Vinculante n. 33, tornando vinculante este entendimento a todos os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública (julgada em 09/04/2014).

²⁴⁴ Continentino esclarece que o controle abstrato de constitucionalidade surgiu no Brasil com o intuito de auxiliar o governo federal ao tempo da ditadura militar para derrubada de atos de resistência ao regime, incluindo-se atos normativos estaduais e atos federais elaborados pelo Congresso Nacional. Pontua, por fim, que a finalidade do instituto se modifica com o tempo, concluindo que ele pode ser apropriado para funções diversas, podendo ser usado e abusado, inclusive, para finalidades contrárias àquelas compartilhadas pelos discursos das comunidades políticas e jurídicas (CONTINENTINO, Marcelo Casseb - Elementos para uma compreensão histórica do controle da constitucionalidade no Brasil, p. 110-11).

funções do parlamento e do governo. Por sua vez, os tribunais constitucionais instituídos no pós segunda guerra mundial possuem uma vocação voltada à proteção dos direitos fundamentais, da democracia, das minorias e de frear o arbítrio estatal em face do cidadão. Obviamente, sua nova finalidade não exclui as funções originariamente traçadas no modelo austríaco, porém o foco principal é a preservação de direitos²⁴⁵.

A mudança no enfoque da função do tribunal tem como causa a modificação da estrutura constitucional já mencionada acima. Tais evoluções no sistema jurídico não puderam ser analisadas a contento por Kelsen e, em verdade, destoam do modelo de Constituição pensado por ele para atuação do tribunal constitucional, conforme já pontuado no primeiro capítulo. Basta verificar que, no modelo kelseniano de jurisdição constitucional, o constituinte deveria evitar a utilização de princípios abstratos de conteúdo extrajurídico para a Constituição, na medida em que isso poderia implicar numa transferência de poderes do legislador para o juiz, colocando em risco a organização democrática²⁴⁶.

As Constituições modernas fizeram exatamente o contrário disso, pois previram uma série de princípios abstratos para a veiculação de direitos fundamentais, sendo que, muito deles, inclusive, são conflitantes entre si. Assim para sua aplicação perpassa por um complexo juízo argumentativo pelo intérprete para a sua adequada concretização.

Nessa senda, as transformações das constituições convidam o tribunal a ser mais criativo, o que se mostra incompatível com a estrita função de controle na figura do legislador negativo. O tribunal tem amplo poder criativo e, ao aplicar a Constituição, muitas vezes entra em choque com o papel conformador do legislador, situação que se verifica comumente quando da adoção das decisões intermediárias, em especial aquelas de caráter corretivo.

Muitos autores, a exemplo de Gilmar Mendes, defendem abertamente a ideia de o tribunal em adotar as funções de um legislador positivo. Ao tratar da aplicação das decisões de caráter aditivo na jurisprudência do STF, o jurista considerou ser esse o caminho para se abandonar o chamado vetusto dogma e adotar a mais progressiva linha jurisprudencial de decisões interpretativas com efeitos aditivos, decisões estas já adotadas pelas principais cortes constitucionais do mundo²⁴⁷.

Clemerson Clevé defende que, na correção das omissões parciais, é possível a utilização de decisões com certa plasticidade, adaptando-as às questões constitucionais suscitadas. Contudo, para seu funcionamento, não pode o STF ficar aprisionado no dogma do

²⁴⁵ CONTINENTINO, Op. cit., p. 111-2.

²⁴⁶ KELSEN, Hans - Jurisdição constitucional, p. 169-170.

²⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira - Jurisdição constitucional, p. 395.

legislador negativo, pois necessário se adotar um provimento mais arrojado, que, sem agredir a esfera do legislativo, consiga renovada leitura do princípio da separação dos poderes ²⁴⁸.

De outro lado, muitos autores se preocupam em que, ao adotar uma postura extremamente criativa, o tribunal constitucional acabe por invadir competências que deveriam ser reservadas ao legislador. E mais, o avanço no papel criativo pelos tribunais, com base em decisões fundadas em princípios por demais abstratos, que interfiram em decisões relevantes dos órgãos de caráter representativo, poderá destruir o espaço que deve ser reservado à política, e assim impor, através de uma equivocada leitura unívoca dos princípios constitucionais, uma única visão de mundo possível. Tal fato se mostra mais grave quando constatado que a imposição destes valores são feitas por um órgão não eleito pelo povo.

Abellán defende que o juiz constitucional não pode se substituir ao parlamento, que possui ampla liberdade política. Salienta que seu papel não pode ser o de fixar a melhor lei na perspectiva constitucional, mas sim eliminar aquelas interpretações intoleráveis, daí porque a ideia de ser caracterizado como um legislador negativo²⁴⁹. Sobre a questão da criatividade, entende que o estabelecimento de uma Constituição detalhada e exaustiva não é uma solução para contenção do poder criativo do tribunal, pois teria o efeito colateral de asfixiar o poder do legislador ordinário. Recomenda o exercício da autocontenção dos tribunais para manter saudáveis das divisas entre o juízo de constitucionalidade e o juízo político²⁵⁰.

Da análise das questões postas acima, percebe-se que o reconhecimento da criatividade dos juízes e a mudança da formatação dos ordenamentos alteraram a compreensão do papel do tribunal constitucional, com consequente superação da peremptoriedade do dogma do legislador negativo. Contudo, essa superação parcial não poderá dar azo à criatividade sem qualquer limite, na medida em que não cabe a ele ocupar uma posição central no conjunto da produção normativa estatal. Os juízes não são órgãos de iniciativa de atuação, exercem funções estritas de controle, com a eliminação de situações de violação da Constituição.

Esses limites servem para evidenciar que a Constituição concede a outros poderes o papel de atuar no seu desenvolvimento²⁵¹, de modo que o papel criativo do tribunal não pode servir para a criar uma concorrência com o legislador ordinário, com a revisão de suas escolhas legítimas. Afinal, o legislador é quem foi eleito pelo povo para criar novas normas e elaborar instrumentos para implementação de políticas públicas.

²⁴⁸ CLEVÉ, Clemerson Merlin - A fiscalização abstrata da constitucionalidade..., p. 359.

²⁴⁹ ABELLÁN, Marina Gascon – Os limites da justiça constitucional, p. 3.

²⁵⁰ ABELLÁN, Op. cit., p. 9.

²⁵¹ LEIBHOLZ, Gerhard - El tribunal constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política, p. 96.

Tal questão nos devolve ao problema inicialmente tratado sobre quais os limites de atuação do tribunal constitucional, qual o meio termo entre desempenhar atividades criativas de controle de constitucionalidade de uma Constituição principiológica e o respeito ao papel conformador dos órgãos de caráter representativo.

No tocante às decisões intermédias, essa situação se mostra mais sensível, pois o tribunal atua com muita criatividade, podendo, inclusive, corrigir o trabalho do legislador. Por consequência, a doutrina precisa melhor compreender esses limites, de modo a preservar o papel do órgão legiferante.

4. Limite geral ao papel do tribunal: separação dos poderes e o papel conformador do legislador

O incremento do poder decisório dos tribunais constitucionais não pode ofuscar o fato de que as constituições atribuem um rol de competências para cada Poder. Nessa senda, cabe ao legislador a função precípua da criação de normas gerais e abstratas, a partir de demandas apresentadas pela sociedade aos seus representantes eleitos, por meio da adoção de critérios políticos.

As escolhas do legislador, embora devam respeitar os princípios constitucionais, podem se sustentar em critérios de conveniência e oportunidade política, pois tais decisões derivam de um compromisso entre os mais diversos espectros políticos que compõe o órgão legislativo. O tribunal constitucional, por sua vez, possui a função principal de controlar a regularidade do exercício das funções dos demais poderes, de modo a garantir a observância e o respeito à Constituição. Embora tal função possua grande destaque, isso não implica em que ele seja considerado um órgão supremo em relação aos demais, ou a ele competir o protagonismo na criação normativa.

Embora tenha um papel essencial, o tribunal constitucional não pode ocupar a posição central no conjunto de instituições estatais, visto não caber a ele a iniciativa de sua própria atuação, pois exerce apenas funções restritas de controle, com a supressão de normas violadoras da Constituição. O tribunal deve atuar de forma a preservar a liberdade dos demais poderes para desenvolverem a Constituição²⁵².

Aqui já podemos extrair a primeira limitação à atividade criativa do tribunal constitucional: o respeito ao princípio da separação dos poderes. Afinal, se a ele compete controlar a regularidade do exercício das funções constitucionais dos demais órgãos, como forma de preservação da normatividade constitucional, também a ele deve ser estendida a obrigação de observância a este princípio, respeitando as competências atribuídas às demais instituições.

²⁵² LEIBHOLZ, Op cit, p. 96.

Correia entende que se a justiça constitucional é um garante da observância do princípio da separação dos poderes, este princípio também um limite à jurisdição constitucional, pois o tribunal não pode invadir o núcleo essencial dos demais poderes, através de indevidos atos de sobreposição de suas opções políticas, em especial, o poder de conformação do legislador (discricionariedade legislativa)²⁵³.

Vital Moreira defende que o princípio da maioria e da separação dos poderes são bastante relevantes para definição dos limites de atuação do juiz constitucional, deles decorrendo uma exigência fundamental à jurisdição constitucional, que é a de não usurpar a função do legislador, expressão da maioria. Assim não cabe a ele substituir o legislador na formulação de soluções para a Constituição. A maioria democraticamente legitimada a governar é quem compete fazer as leis, sendo o juiz constitucional apenas um contralegislador, não um legislador²⁵⁴.

Não se pode olvidar que, muito embora as constituições possuam um extenso rol valorativo, que, de certa forma, vincula o legislador, tais “amarras” não podem constituir no completo condicionamento de sua atividade, sob pena de eliminação da liberdade decisória do órgão de representação democrático por excelência, com conseqüente prejuízo à liberdade política e da representativa daquele órgão. O legislativo ainda é o órgão que congrega os representantes eleitos pelo povo, que possuem responsabilidade política perante seus eleitores e devem cumprir os anseios daqueles que os elegeram.

Segundo Segado, o legislador não pode ser reduzido a um mero executor da Constituição, haja vista que a ele cabe a constante atualização da vontade soberana do povo, o que lhe confere a legitimidade para seguir uma orientação ou outra, obviamente desde que nos limites permitidos pela Constituição. O tribunal não pode substituí-lo em tal função, pois não está sujeito a responsabilidade política alguma, visto não se submeter à aprovação direta do corpo eleitoral, nem poderá ter sua conduta sancionada nas urnas²⁵⁵.

Maria Urbano menciona que, apesar de esquecida na atualidade, não se pode olvidar que o legislador também é um guardião da Constituição e que suas leis também são o resultado de uma atividade racional de concretização da norma maior. Complementa dizendo que os juízes constitucionais não são os únicos intérpretes da Constituição, de modo que não se pode desconsiderar o poder de interpretação de outras instituições ²⁵⁶.

²⁵³ CORREIA, Op. cit., p. 127.

²⁵⁴ MOREIRA, Op. cit., p. 196.

²⁵⁵ FERNANDEZ SEGADO, Francisco - Algunas reflexiones generales en torno a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas, p. 161.

²⁵⁶ URBANO, Op. cit., p. 124.

Maria Lúcia Amaral externa certa preocupação sobre o risco de uma preponderância do tribunal constitucional sobre os demais poderes e também sobre uma restrição indevida do papel conformador do legislador em favor de uma lógica de vinculação irrestrita aos princípios. Entende que a democracia constitucional não é o governo que confere ao poder jurisdicional uma supremacia sobre os demais, notadamente porque conferir a ele a competência última em todas as questões públicas poderá atrofiar o sistema político e suas instituições próprias, como se elas não fossem capazes de revelar o que seja o interesse público. Não se pode diminuir o princípio democrático, haja vista que o cidadão deve ser considerando digno e com possibilidade de tomar suas próprias decisões²⁵⁷.

Nessa senda, a função dos tribunais é a do controle de eventuais excessos praticados pelo legislador e governo, excessos estes que somente são passíveis de controle quando extravasarem os limites estabelecidos pela Constituição, malferindo alguma de suas disposições. Tais funções nunca poderão implicar numa suplementação da atividade legislativa, ou mesmo na eliminação dos juízos políticos em prol de uma exclusiva avaliação jurídico-valorativa. Em suma, não cabe ao tribunal controlar as opções políticas disponíveis ao legislador.

Obviamente, a vedação ao controle das escolhas políticas do legislador não impede que, em determinadas situações, a atividade legislativa esteja vinculada à concretização de determinados princípios e valores constitucionais, que exigirão deste a normatização de alguns temas, condicionando seus resultados. Entretanto, ainda que condicionada, ao parlamento ainda restará margem para concretização, que não poderão ser sindicados pelo tribunal constitucional, caso não violem a Constituição.

5. Limites das decisões intermediárias neste novo contexto

As decisões intermediárias surgiram numa tentativa de solucionar as questões jurídicas advindas deste contexto acima apresentado, porém podem resvalar nos limites das atribuições do legislador, prejudicando seu espaço de conformação. Portanto, se mostra necessária a preservação do espaço destinado à política e ao jogo democrático-representativo.

Em razão disso, é relevante discutir os riscos que cada espécie de decisão intermediária poderá representar ao princípio da separação dos poderes, notadamente até que ponto ela poderá implicar numa confusão entre a atividade jurisdicional e a legislativa. A doutrina, ainda que de forma não sistemática, estabelece alguns limites para este tipo de decisão.

Em relação às decisões apelativas, a princípio não se verifica um risco de invasão às competências do legislador, uma vez que não implicam na tomada de decisões de caráter

²⁵⁷ AMARAL, Op. cit., p. 357.

criativo e inovador pelo tribunal. A acusação que se faz contra este tipo de decisões é a da violação do princípio da constitucionalidade, dada a possibilidade – em algumas de suas modalidades – de manutenção da vigência da norma inconstitucional.

Em Portugal, a doutrina majoritária se mostra contrária à utilização das decisões apelativas, em razão da preservação da vigência de normas consideradas inconstitucionais, com a consequente violação do princípio da constitucionalidade²⁵⁸. Some-se a isso o fato de que, por não haver eficácia vinculante nas decisões do Tribunal Constitucional de rejeição do pedido de inconstitucionalidade, eventual apelo ao legislador não teria qualquer tipo de eficácia jurídica²⁵⁹.

Não bastasse tais argumentos, considera-se inócua a utilização de tal instituto, visto já existir em Portugal mecanismo constitucional apto a garantir ao legislador tempo hábil para a modificação da norma declarada inconstitucional, que é a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, prevista no n. 4, do art. 282, da CRP. Percebe-se que, malgrado não haja risco de invasão das competências do legislador, há um receio na utilização de algumas modalidades de decisões apelativas face de sua potencialidade em malferir o princípio da constitucionalidade, notadamente ante a inexistência de qualquer previsão constitucional neste sentido.

No Brasil, embora não haja previsão expressa a permitir a utilização das decisões apelativas, não se vislumbra situação de inconstitucionalidade na adoção deste tipo de expediente. Isso porque a legislação das ações de inconstitucionalidade permite ao STF a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade, inclusive com a sua fixação em momento futuro (art. 27, da Lei n. 9.868/99). Portanto, se há previsão expressa da postergação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nada impede que esta venha acompanhada de um aviso ao legislador para adotar medidas para correção do vício em tempo hábil²⁶⁰.

As decisões de interpretação conforme poderão representar risco de violação do espaço de conformação do legislador, pois a fixação de um determinado significado para a

²⁵⁸ Canotilho considera que as decisões de declaração de incompatibilidade poderão ter os seus efeitos alcançados pelo uso do n. 04, do art. 282, da CRP. De outro lado, considera que a decisão que declara a norma ainda constitucional é de duvidosa aceitação no direito constitucional português (CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito constitucional e teoria da constituição, p. 957-58). Mais à frente alerta que a permissão da manutenção de normas inconstitucionais para o futuro poderão constituir em perigosa erosão do princípio da constitucionalidade (CANOTILHO, Op. cit., p. 1018). Jorge Miranda considera que não possa haver decisões apelativas em Portugal (MIRANDA, Jorge - Manual de direito constitucional, p. 88). Maria Urbano afirma sentir dificuldades em perceber alguma utilidade no citado instituto (URBANO, Op. cit., p. 114).

²⁵⁹ Vitalino Canas entende não haver inconstitucionalidade no uso das sentenças de aviso, injuntiva ou apelativa, pois estas decisões o aviso do tribunal não possui eficácia vinculante, nem implicam em qualquer tipo de censura ao legislador, apenas funcionam como indicação “cuja força advém do especial peso do Tribunal Constitucional” e na possibilidade dele vir a declarar a inconstitucionalidade da norma em momento futuro (CANAS, Vitalino - Os efeitos das decisões do tribunal constitucional, p. 229).

²⁶⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin – A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro, p. 261-62.

norma pelo tribunal constitucional, mormente quando acompanhado de efeito vinculante, poderá, por vias indiretas, modificar a manifestação de vontade do legislador.

A princípio, as decisões de interpretação conforme servem como mecanismo de autocontenção pelo tribunal, pois, ao invés de declarar a nulidade de determinado dispositivo em sua totalidade, dele extrai normas consideradas em desconformidade com a Constituição, fixando-se eventual sentido que seja adequado a ela. Nestas situações, não se verifica a invasão das prerrogativas do legislador, mas sim uma tentativa de preservar ao máximo o seu trabalho.

Contudo, em situações nas quais o dispositivo legal ou constitucional comporte mais de um significado, sendo que parte deles estejam em conformidade com a Constituição, a imposição de uma única interpretação constitui violação ao trabalho do legislador, sem falar no risco de tolher a capacidade criativa e interpretativa dos tribunais ordinários, pois terão de se submeter a uma única interpretação, a despeito da existência de outras igualmente válidas. Tal situação poderá ser agravada nas hipóteses em que a escolha feita pelo tribunal não recaia sobre a interpretação do dispositivo que seja mais consentânea aos objetivos da norma.

A interpretação conforme não se mostra recomendável nas situações em que houver uma pluralidade de significados igualmente válidos, notadamente em países nos quais essa decisão possua caráter vinculante. Não podemos olvidar que o papel do tribunal constitucional é o de eliminar as interpretações inadmissíveis pela Constituição, nunca de tentar escolher aquelas que entenda mais apropriadas politicamente.

Segundo Tavares, no âmbito interpretativo, não pode o tribunal eleger interpretação que não estejam compreendidas no próprio objeto da norma interpretada, sob pena alargar, indevidamente, os limites da função legislativa²⁶¹.

Em Portugal, as decisões de interpretação conforme, por não possuírem caráter de força obrigatória geral, não constituem, a princípio, em um risco de grande interferência nos limites da interpretação judicial ou sobre a atividade legislativa²⁶². Afinal, a decisão de interpretação conforme no âmbito da fiscalização abstrata apenas possui caráter persuasivo para as demais instâncias.

No Brasil, diferentemente, há expressa previsão legal do caráter vinculante ao instituto (art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99). Deste modo, há um risco real de que este tipo de decisão cause a eliminação de significados válidos da norma ou então que se defina uma acepção para a norma não coincidente com seu programa normativo. Então, por essa linha, a atuação do STF poderá incorrer em situações de ilegitimidade, caso tenha o condão de

²⁶¹ TAVARES, André Ramos - Teoria da justiça da constitucional, p. 518.

²⁶² URBANO, Op. cit, p. 111.

invalidar escolhas do legislador. Some-se a isso o risco de afetar o poder dos tribunais ordinários, o que pode acarretar, inclusive, situação de engessamento de aplicação da norma frente a novas situações²⁶³.

Lênio Streck defende que nas decisões de interpretação conforme sempre o tribunal agregará um sentido à norma, o qual constitui um dos possíveis de se adicionar a ela. Tal operação não pode ser considerada vinculante, impedindo-se que outros tribunais encontrem outros sentidos possíveis para aplicação daquele texto. As circunstâncias histórico-factuais-temporais sempre demandarão novas possibilidades de incidência da norma²⁶⁴. Mais a frente, ao tratar da vinculação dos efeitos da declaração de constitucionalidade, pontua que o sentido revelado pelo tribunal não pode ter caráter vinculante, sob pena de petrificar o processo hermenêutico, amarrando a singularidade de cada caso a um sentido previamente definido²⁶⁵.

As decisões de declaração da nulidade sem redução do texto, por apenas eliminarem os significados que não estejam em conformidades com a norma constitucional, a princípio, não violam os limites de atuação do legislador. Todavia, as mesmas questões levantadas nos parágrafos antecedentes devem ser consideradas.

Essa espécie de decisão não pode implicar na eliminação de todos os significados viáveis para a norma, ou mesmo daqueles que estejam mais afetos à sua finalidade, com a manutenção apenas interpretações muito destoantes do propósito originário do ato normativo, sob pena de se realizar, por via transversa, uma alteração da legislação, em detrimento da vontade do legislador.

²⁶³ No Direito Brasileiro, não se mostra possível conferir a mesma intensidade que se dá à independência dos tribunais do direito português, na medida em que o STF, para além de ocupar a função de tribunal constitucional com poder de invalidação de normas em abstrato, também é o órgão supremo de interpretação constitucional no controle difuso. Ante a enorme quantidade de ações em curso no Judiciário Brasileiro, o constituinte reformador optou por inserir na Constituição uma série de dispositivos conferindo poderes ao tribunal para impor e uniformizar entendimentos sobre matérias postas a julgamento. Podemos citar aqui o instituto da Repercussão Geral (art. 102, § 3º) e a súmula vinculante (art. 103-A). Nos termos do art. 1.035, § 8º, do Código de Processo Civil, quando negada a existência de repercussão geral, os presidentes dos tribunais de origem ficam obrigados a negar seguimento a todos os recursos que estiverem aguardando a resolução da matéria pelo STF, de modo que sequer serão apreciados pelo tribunal. De outro lado, a súmula vinculante permite ao tribunal fixar o entendimento que, após sua publicação no Diário Oficial, terá efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. Outro ponto importante é o procedimento para julgamento de Recursos Extraordinários repetitivos, previsto a partir do art. 1.036, do CPC, permite ao tribunal, sempre que verificar uma multiplicidade de recursos sobre um determinado tema, afetá-los para fixação da tese de julgamento desses recursos. Fixada a tese, os Presidentes dos tribunais de origem ficam obrigados a inadmitir os recursos que estejam em contrariedade a elas, e os órgãos colegiados destes tribunais deverão reanalisar os recursos em conformidade com a tese. Destaque-se, por fim, que o art. 927, do Código de Processo Civil, exige dos juízes e tribunais a observância dos enunciados de súmula vinculante; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; e os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. Portanto, não se pode descurar que no Direito Brasileiro há uma tendência em tornar vinculantes as decisões proferidas pelo STF, mesmo em sede de controle difuso.

²⁶⁴ STRECK, Lênio Luis - Jurisdição constitucional, p. 410.

²⁶⁵ STRECK, Op. cit., p. 412.

Verificada tais situações, não é lícito ao tribunal eliminar algumas interpretações possíveis para a norma, mas sim deverá declarar a inconstitucionalidade de todo o dispositivo, possibilitando ao legislador a tarefa de reeditar a lei em conformidade com a Constituição, momento em que ele também poderá rediscutir as questões políticas atinentes ao tema.

Por fim, cabe tecer alguns comentários sobre as decisões aditivas, espécie decisória onde residem as questões mais tormentosas sobre os limites da legitimidade do tribunal, sendo esta a modalidade de decisão mais questionada e criticada pela doutrina, notadamente porque nela reside as situações nas quais o poder criativo do Tribunal é mais evidente.

Essas decisões importam num grande risco de invasão ao poder de conformação do legislador, haja vista que o tribunal, quando se utiliza das decisões aditivas, poderá criar uma norma diversa da estabelecida pelo legislador, fixando um novo significado não correspondente ao regime jurídico inicialmente previsto para ela. Desta feita, estas decisões devem ser adotadas com bastante cuidado, visto seu grande potencial em atingir o poder de conformação do legislador²⁶⁶.

Dentre as decisões aditivas, aquelas de sentido estrito, isto é, que implicam na reconstrução de uma específica regulamentação para a lei inconstitucional, são as que mais representam risco de invasão sobre as prerrogativas do legislador, pois a reconstrução do novo segmento normativo poderá recair em um determinado sentido, a despeito da possibilidade de outros passíveis de serem escolhidos para a solução da situação jurídica criada. A questão ainda é agravada quando este significado escolhido pelo tribunal, imponha um sentido em violação ao programa normativo daquela Lei.

Em Portugal, as sentenças aditivas em sentido estrito também podem implicar numa violação da independência dos tribunais, haja vista que a imposição de um único significado, a despeito da existência de outros possíveis, impede que os tribunais exercitem sua função de interpretação da norma e de conferir-lhe a melhor interpretação. Assim, a doutrina, em geral, entende por não cabível a sua utilização.

Maria Urbano apresenta críticas ao que ela chama de imiscuição dos juízes constitucionais nas tarefas governativas, conduta esta que viola o princípio democrático, posto usurpar atividade destinada aos representantes eleitos pelo povo, bem como por malferir o princípio da separação dos poderes²⁶⁷.

Vital Moreira ensina que, salvo quando houver expressa autorização constitucional, não poderá o juiz constitucional emitir normas substitutivas da norma inconstitucional, pois, a princípio, sempre há várias maneiras concretas não desconformes com a Constituição de

²⁶⁶ URBANO, Op. cit., p. 115.

²⁶⁷ URBANO, Op. cit., p. 120.

regulação de certas matérias, cabendo somente ao legislador regulamentá-la da melhor maneira que lhe aprouver. Por isso, rejeita o uso das decisões manipulativas ou construtivas²⁶⁸.

Todavia, há situações nas quais se discute a possibilidade de adoção de sentenças aditivas em sentido estrito, sem que haja a violação do papel de conformação do legislador ou mesmo da independência dos tribunais. Esse tipo de decisão se mostra cabível quando o a prolação da sentença aditiva se mostrar constitucionalmente obrigatórias, modalidade de decisão que é conhecida na doutrina italiana como decisão a *rime obbligate*.

Nessa modalidade decisória, a reconstrução normativa promovida pelo tribunal se mostrar exigida pelo ordenamento jurídico, em situações nas quais o direito previsto no preceito inconstitucional seja necessário para a proteção de um bem ou valor constitucional e só se verificar uma única forma de concretizá-lo. Caso contrário, isto é, se previsível mais de uma solução para correção da inconstitucionalidade, será indevida a reconstrução de parte do dispositivo pelo tribunal, visto sua manifesta invasão ao papel conformador dado ao legislador²⁶⁹.

Nas decisões constitucionalmente obrigatórias, não se verifica uma violação ao papel conformador do legislador, pois não se mostra previsível nenhuma outra alternativa para a solução do caso, sendo essencial a manutenção da norma para garantia do exercício do direito por ela veiculado, notadamente por se tratar de direito de caráter fundamental, com natureza constitucionalmente obrigatória²⁷⁰.

Carlos Moraes entende que, de regra, as sentenças aditivas ou devem ser constitucionalmente obrigatórias, ou seja, que tenham sua solução exigida pela Constituição, ou são ilegítimas, pois violam o espaço destinado ao legislador. Todavia, em mudança de entendimento anterior, passou a considerar possível sentenças aditivas de caráter

²⁶⁸ MOREIRA, Op. cit., p. 196-97.

²⁶⁹ ABELLAN, Marina Gascon – La justicia constitucional: entre lesiglacion y jurisdiccion, p. 73-74

²⁷⁰ Sousa Filho entende que a doutrina da *rime obbligate* está fundada em um pressuposto hermenêutico já superado, que é aquele fundado na ideia da possibilidade de apenas uma única resposta correta possível para a interpretação de um dispositivo, como se houvesse um sentido imanente à proposição linguística. Como proposta de superação a este impasse teórico, com base nos ensinamentos de Zagrebelsky, comenta a possibilidade de modificação da ideia da *rime obbligate*, não mais como uma vinculação a uma noção de univocidade interpretativa, mas de obrigatoriedade de formulação de um complemento normativo pela Corte para permitir a superação do estado de omissão inconstitucional (SOUSA FILHO, Op. cit., p. 175/178). Mais à frente, defende que a doutrina da *rime obbligate* não pode ser admitida no Brasil nos mesmos moldes do aplicado na Itália, pois aqui entre nós possuímos um instituto para produção de sentenças aditivas de colmatação de omissões legislativas, que é o Mandado de Injunção. O autor defende que o Mandado de Injunção, por autorizar o tribunal a regulamentar matéria atinente a direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, seria um instrumento apto a superar omissões legislativas e que permitiria ao tribunal certa discricionariedade na formulação da norma suplementar, ao contrário do que define o sentido tradicional da teoria da *rime obbligate* (SOUSA FILHO, Op. cit., p 204/06).

conformador, mesmo em situações nas quais o tribunal verificar mais de uma solução para o caso²⁷¹.

Segundo o autor, a escolha pela imposição de uma determinada solução será possível quando as outras possíveis se mostrarem juridicamente inverossímeis. As decisões de efeito aditivo de caráter conformador se mostrarão cabíveis quando o julgador se deparar com as seguintes situações: a) interpretações que se mostrem inúteis ou de escassa aceitação na comunidade jurídica; b) soluções que possam contrariar o programa do legislador, adotando situação inovatória não desejada pelo legislador; c) interpretações com opções normativas que tendam para a inconstitucionalidade; d) que afronte princípios e interesses constantes do n. 04, do art. 282, da CRP; e) que imponham obstáculos à resolução de uma situação de necessidade à luz da dignidade da pessoa humana, ou seja, cuja decisão tenha por efeito colateral a desproteção grave de certos beneficiários da prestação; e f) que possa causar desequilíbrio negativo do orçamento do Estado²⁷². Assim, em só se verificando uma solução viável, poderia o tribunal escolhê-la, a despeito de outras existentes.

Dentre as decisões aditivas, considera-se menos questionável a aplicação das aditivas de princípios, na medida em que, na fiscalização da inconstitucionalidade, a decisão que reconstrói a parcela da norma considerada inconstitucional apenas indica o princípio a ser aplicado pelas demais autoridades, deixando ao legislador a liberdade de reeditar norma para internalizar as correções estabelecidas pelo tribunal constitucional, sem uma vinculação estrita.

Além disso, a decisão aditiva de princípio permite ao intérprete aplicá-la com certa margem de liberdade, desde que observado o princípio fixado na decisão. Por meio dessas decisões, o papel de conformação se mostra preservado e também se observa uma postura de autocontenção pelo tribunal em preservar o poder de aplicação da norma dos tribunais inferiores.

6. A questão sobre quem deve dar a última palavra

O poder de realizar o controle de constitucionalidade das leis confere ao tribunal constitucional preponderância na atividade interpretativa das normas em relação aos demais poderes. Tal afirmação deriva do fato de que ele é quem decide em última ou única instância a validade de atos normativos, então comumente ele é qualificado como sendo o detentor da última palavra em assuntos de constitucionalidade.

Contudo, em algumas situações, a decisão do tribunal pode não ser considerada a mais apropriada para solução do caso concreto segundo as demais instituições jurídicas ou

²⁷¹ MORAIS, Carlos Blanco de - *Justiça Constitucional*, p. 470.

²⁷² MORAIS, Op. cit., p. 471-472.

políticas. Embora seja quem, juridicamente, tenha a última palavra dentro do processo de nulificação, em muitas situações, a solução jurídica adotada pode não ser a mais satisfatória para a solução do problema político subjacente à norma inconstitucional. Por conseguinte, muitas vezes a decisão final do tribunal nem sempre encerra o debate do ponto de vista político e também não estará livre de qualquer tipo de reação das demais instituições.

Essa situação se mostrará mais sensível quando se tratar de decisões intermediárias, posto que o acentuado caráter criativo destas decisões poderá ser interpretado como uma invasão das atribuições do poder legislativo, ou mesmo do poder constituinte derivado, nos casos de anulação de emendas à Constituição. A questão a ser discutida aqui é se há (ou se deve haver) outros mecanismos para correção das decisões do Tribunal, ou se sua decisão deve ser a resposta definitiva para a inconstitucionalidade, inclusive com o encerramento da discussão no seio político.

A decisão de inconstitucionalidade pode ter um impacto bastante sensível sobre as instituições de caráter representativo, visto que, de alguma forma, ela acarreta uma desautorização aos representantes eleitos pelo povo. Obviamente, essa decisão é recepcionada e processada por tais órgãos que, dentro dos limites de suas competências constitucionais, podem buscar alternativas para sua superação.

A questão da última palavra dos órgãos constitucionais deve ser debatida sob a ótica de duas questões que acreditamos ser relevantes para o nosso estudo, que é a reedição da norma inconstitucional e o exercício do poder de emenda para modificação do parâmetro utilizado pelo tribunal.

A possibilidade de reedição da norma inconstitucional é um tema bastante controverso e, a princípio, deve ser respondida negativamente. Afinal, se o tribunal constitucional entende que determinada norma viola a Constituição, a sua recriação com o exato conteúdo da anterior deve ser vista como uma afronta ao órgão de controle, tratando-se de violação ao princípio da separação dos poderes. Entretanto, para além de não haver qualquer vedação expressa nesse sentido, não há previsão nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro de consequências ao órgão legislativo para o caso da reedição indevida de norma declarada inconstitucional, o que torna ainda mais incerto os rumos para solução de tal impasse.

No direito brasileiro, em especial, a previsão de efeito vinculante das decisões do STF não abrange o legislador, ao teor do que dispõe o art. 102, § 2º, da Constituição Federal, mas apenas os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Logo, a princípio, a

decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma, não impede a edição de nova norma pelo Congresso Nacional²⁷³.

Em Portugal, por sua vez, prepondera o entendimento de não ser cabível a reedição da norma anulada pelo Tribunal Constitucional, na medida em que as decisões que declaram a inconstitucionalidade são revestidas de força obrigatória geral, eficácia esta que também atinge o legislador, impedindo a edição de novo ato normativo com idêntico conteúdo.

Canotilho entende que a força obrigatória geral vincula inclusive o legislador, que não poderá reeditar a norma julgada inconstitucional pelo tribunal, sob pena de neutralizar sua decisão por outro meio. Há, portanto, um limite negativo geral vinculativo ao legislador, que é a reprodução da lei julgada inconstitucional. Todavia, o próprio autor reconhece a ausência de impedimento da reanálise da questão caso ocorra a modificação do parâmetro constitucional, ou então nos casos em que houver a alteração da consciência jurídica da comunidade, com o surgimento de novos princípios e valores²⁷⁴.

Jorge Miranda, por sua vez, considera que o parlamento possui liberdade para rediscutir todos os problemas políticos ligados a uma norma inconstitucional, podendo editar uma outra norma sem os vícios reconhecidos pelo tribunal. Contudo, nunca poderá reformular a Lei sem expurgar os vícios que foram censurados pelo tribunal, desrespeitando a solução anteriormente dada ²⁷⁵.

Percebe-se que, a princípio, a doutrina se mostra contrária à reedição da norma inconstitucional, especialmente quando incorrer num simples desafio à decisão de inconstitucionalidade. Tal entendimento se mostra razoável, pois não pode o legislador, ao tomar ciência da anulação de uma norma por ele produzida, de plano, reeditá-la, sob pena de se esvaziar a finalidade do controle de constitucionalidade.

A tentativa de neutralização da decisão do tribunal por tais meios, constitui numa forma de perpetuar situações de violação do princípio da constitucionalidade, o que também implica numa fragilização da normatividade constitucional. De outro lado, apesar de não haver previsão de uma penalidade para tal conduta, não se pode olvidar que os órgãos de representação possuem responsabilidade política por suas ações.

Noutro giro, a vedação à reedição da norma inconstitucional não é aplicável em situações nas quais a criação da mesma norma ocorra após uma alteração substancial do contexto social, econômico e até mesmo jurídico do existente no momento da anulação da norma anterior. Verificada a modificação da situação fática em que reconhecida a

²⁷³ BARROSO, Luis Roberto - O controle de constitucionalidade das leis no direito brasileiro, p. 227, MENDES, Op. cit., p. 480.

²⁷⁴ CANOTILHO, Op. cit., p. 1011.

²⁷⁵ MIRANDA, Jorge - Juízes constitucionais e parlamentos, p. 135.

inconstitucionalidade – situação na qual se inclui também a mudança da percepção jurídica sobre o ordenamento jurídico – nada impede que o legislador reedite a norma com o mesmo conteúdo de outra declarada inconstitucional.

Isso porque as decisões judiciais devem ser interpretadas como submetidas à cláusula *rebus sic stantibus*, na medida em que a sua imutabilidade persistirá enquanto mantidas as condições fáticas em que ela foi proferida. Caso haja uma grande modificação dos fatores que ensejaram a tomada da decisão, deve ser cabível a reavaliação pelos órgãos políticos da questão anteriormente apreciada pelo órgão jurisdicional.

Impedir esta forma de modificação do ordenamento jurídico contribuiria para o engessamento do debate de questões relevantes para a sociedade, causando a obsolescência de determinadas normas. A imutabilidade do ordenamento jurídico poderia ensejar uma impossibilidade dos órgãos políticos em enfrentarem novos problemas surgidos no seio da sociedade, o que poderia representar um risco à permanência e estabilidade da norma constitucional²⁷⁶.

Obviamente, a possibilidade de reedição da norma declarada inconstitucional somente se mostra cabível quando essa modificação do contexto fático seja palpável, real e evidente, sob pena de violação dos princípios constitucionalidade, visto permitir a recriação de norma com conteúdo já rechaçado pelo Tribunal; da segurança jurídica, posto submeter a população e os órgãos aplicadores das leis a uma incerteza sobre a definitividade das decisões do órgão jurisdicional máximo, e até mesmo coisa julgada, visto que as decisões do Tribunal Constitucional são revestidas de tal atributo.

Outra alternativa para superação das decisões de inconstitucionalidade, quando se mostrarem politicamente insatisfatórias para os demais entes políticos ou para o público em geral, é a modificação do parâmetro constitucional utilizado para a anulação do ato²⁷⁷. Removido o motivo para a incompatibilidade com a Constituição, não se vislumbra impedimento na reedição do ato nulado.

A superação da decisão por este mecanismo, em razão de exigir a modificação da Constituição, acaba por demandar do órgão legislativo a edição de norma com quórum qualificado, exigindo um maior compromisso entre as diversas correntes que compõe o órgão responsável pela atualização do texto constitucional, com consequente maior debate sobre a matéria perante o público.

Além disso, a modificação do parâmetro constitucional deve ser vista como uma maneira de reiniciar um novo diálogo entre os órgãos produtores da norma e o tribunal

²⁷⁶ STRECK, Op. cit., p. 510.

²⁷⁷ ENTERRIA, Eduardo García – La posición jurídica del tribunal constitucional en el sistema español, p. 102.

constitucional, visto que a modificação do parâmetro e eventual nova legislação criada a partir dele, futuramente, poderão ser submetidos a um novo processo de fiscalização da constitucionalidade, momento em que serão reapreciadas pelo Tribunal.

Cappelletti considera que, do mesmo modo que não é possível excluir dos juízes o poder de criação de normas na atividade de controle, também não se pode excluir a possibilidade última de anulação legislativa dessa criação judicial, seja por meio da edição de nova legislação sobre o tema, seja pela edição de uma emenda superando a questão decidida pelo tribunal. Conclui que a última palavra no terreno da criação de valores pertence à vontade da maioria, no sentido em que essa vontade se expressa na legislação ordinária ou na reforma constitucional²⁷⁸.

Grimm, por sua vez, defende que o poder de emenda é um meio para se conter a expansão do poder judicial pelo legislativo, visto que a possibilidade de mudança do texto pertence ao poder político. Com tal alteração, torna-se possível reprogramar as ações do Poder Judiciário, quando houver desaprovação de sua jurisprudência. Dessa forma, o poder de emenda constitucional funcionaria da mesma forma como quando os tribunais modificam sua postura com a mudança da Lei por eles aplicadas, só que neste caso a Corte Suprema é quem modifica sua postura ante a emenda à Constituição²⁷⁹.

Carlos Moraes, ao comentar sobre o intenso ativismo do STF, aponta que a lógica criadora do direito judiciário depende do próprio legislador, pois é ele quem teria a última palavra sobre a definição e limitação das competências dos órgãos constitucionais. O legislador é quem aprova as emendas à Constituição, que poderão criar institutos jurídicos e definir as competências do Judiciário. Também é o legislador quem cria as leis disciplinadoras de instrumentos jurídicos como a eficácia vinculante ou de normação substituta. Portanto, em certo aspecto, caberia ao legislador, através do poder constituinte reformador, regulamentar o exercício do poder do tribunal²⁸⁰.

Sarmiento defende que a ideia de ser o tribunal constitucional o detentor da última palavra é um equívoco (prescritivo e descritivo). Se trata de um equívoco descritivo, pois apenas descreve parcialmente o fenômeno da anulação das normas jurídicas, e prescritivo, porque favorece a ideia da existência de um governo de sábios, que são chamados a assumir uma postura paternalista perante a sociedade²⁸¹.

²⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro - El «formidable problema» del control judicial y la contribución del análisis comparado, p. 64.

²⁷⁹ GRIMM, Dieter - Constitutions, constitutional courts and constitutional interpretation at the interface of law and politics, p. 70.

²⁸⁰ MORAIS, Op. cit., p. 313.

²⁸¹ SARMENTO, Daniel - Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial, p. 134.

A análise sobre a questão do exercício do poder de emenda pelo legislativo como forma de superação de eventuais decisões de inconstitucionalidade que sejam consideradas inaceitáveis pelos demais órgãos políticos conduz à conclusão de que as decisões do tribunal constitucional não devem ser tomadas como um ponto final do desenvolvimento normativo de um determinado ordenamento, mas como um ponto de partida para um debate interinstitucional.

Em verdade, a questão sobre a última palavra ganha importância quando se discute a legitimidade do exercício da função de controle. Se entendida que a decisão do tribunal constitucional, do ponto de vista político, é a última e que possui um caráter de perpetuidade, haverá um grande tensionamento dos limites desta legitimidade, notadamente pela questão da dificuldade contramajoritária.

Afinal, se há uma mudança no contexto social, valorativo ou jurídico, não há justificativa para impedir que questões anteriormente decididas possam novamente ser apreciadas pelo órgão de caráter representativo. Do mesmo modo, ainda que decidida a inconstitucionalidade de uma norma, em não havendo vedação à modificação do parâmetro constitucional, deve-se permitir ao constituinte derivado realizar os ajustes necessários para que a legislação pretendida seja admitida no ordenamento jurídico.

Neste contexto, a interpretação da norma não cessa com a decisão do tribunal, pois, mesmo após este fato, a questão debatida em juízo pode continuar sendo levada à discussão pela doutrina, pela opinião pública, ou mesmo perante o parlamento, estimulando o debate para futura alteração legislativa ou mesmo emenda à Constituição. Não se pode olvidar que em uma sociedade aberta, cuja interpretação constitucional não é atribuição exclusiva dos órgãos judiciais (a despeito de, em regra, serem estes órgãos os detentores da interpretação autêntica), os demais órgãos e instituições tendem a processar e avaliar as decisões do tribunal, bem como adotam medidas para tentar modificar eventual decisão que não se mostre satisfatória. Assim, a coisa julgada no controle de constitucionalidade não pode ser entendida como uma decisão em caráter definitivo.

Não se pode ignorar, contudo, que a questão de quem deve ter a resposta final no controle e a questão dos limites da legitimidade democrática se mostram mais sensíveis quando se analisa a questão sob a ótica do poder de controle sobre as emendas constitucionais, haja vista que esta decisão pode, em algumas situações, implicar num bloqueio da possibilidade de superação da inconstitucionalidade por meio da modificação do parâmetro.

Conrado Mendes possui entendimento frontalmente contrário ao controle de constitucionalidade das emendas constitucionais. Considera que a revisão judicial deveria ser

um passo intermediário no processo de decisão coletiva, isto é, o seu poder de veto deveria ser utilizado para provocar o poder político a corrigir seus rumos. Contudo, no caso de controle das emendas constitucionais essa função não acontece, sendo que a decisão possui um papel final e encerra o processo político²⁸².

Desenvolve sua ideia argumentando que a existência de cláusula pétrea não constitui justificativa para conferir ao tribunal o poder definitivo sobre determinada questão. Permitir ao tribunal realizar o controle sobre emendas com base numa suposta violação de cláusulas pétreas seria conferir ao órgão o poder de cristalizar sua visão sobre determinado tema em detrimento da vontade dos órgãos de representação popular. Conclui que, depositar a estabilidade e a defesa dos direitos fundamentais no controle de constitucionalidade, demonstra uma fraqueza crônica do sistema. A tentativa de correção dos problemas do majoritarismo padece da mesma patologia²⁸³.

De nossa parte, não se observa vedações ao controle sobre as emendas, notadamente porque a Constituição dispõe sobre matérias que não são tangíveis ao constituinte derivado, cabendo ao tribunal a tarefa de velar pela preservação destes marcos. Vale destacar que as vedações ao poder de emenda estão relacionadas a valores basilares para a manutenção do Estado democrático de direito e para a preservação de direitos fundamentais.

Entretanto, mesmo nessas possibilidades, a palavra final do tribunal constitucional não pode ser vista como um encerramento do processo, pois servirá para movimentar o debate político sobre o tema perante a sociedade e as instituições e também como elemento para reflexão sobre a proteção de valores fundamentais.

²⁸² MENDES, Conrado Hubner - Controle de constitucionalidade e democracia, p. 134.

²⁸³ MENDES, Op. cit., p. 194.

CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade das leis se consolidou como o principal instrumento jurídico para garantia da regularidade da legislação e dos atos do governo perante a Constituição, o que se confirma pela sua implementação nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Com a consolidação da previsão de direitos e garantias fundamentais e a sua vinculatividade ao legislador, também houve um aumento no poder de controle dos tribunais constitucionais sobre o governo e o legislador, na medida em que quase todos os temas tratados de alguma forma afetam norma constitucional e podem ser levados ao tribunal.

Nesse novo contexto, em que há a positivação de diversos direitos fundamentais, veiculados por meio de normas de caráter abstrato, com conteúdo valorativo bastante denso, a simples adoção de decisão dentro do binômio inconstitucionalidade/constitucionalidade não se mostra adequada para solução da questão jurídica proposta. Muitas vezes a simples anulação de uma lei pode agravar a situação de inconstitucionalidade constatada, haja vista o risco de criação de vácuos jurídicos, com a ausência de regulamentação de questões sensíveis à população.

As decisões intermediárias surgem como solução para esses novos desafios da jurisdição constitucional e trazem consigo a ideia de preservação das normas postas pelo legislador, seja pela definição ou exclusão de uma determinada interpretação em desconformidade com a Constituição, seja pela reparação do preceito normativo na parte em que a viole. De outro lado, em países em que se verifica ampla colaboração entre os poderes, a situação de inconstitucionalidade pode ser superada pela notificação do legislador para reparação do vício. Assim, em sua origem, tais decisões tem por objetivo a preservação do trabalho do legislador e garantir o princípio da segurança jurídica.

Inicialmente adotada na prática jurisprudencial dos tribunais constitucionais e debatida no âmbito da doutrina, as decisões intermediárias foram consagradas nas constituições e legislação de diversos países, em razão do reconhecimento da importância destes novos instrumentos processuais para solução de situações de inconstitucionalidade atípicas, não adequadas ao tradicional binômio de (in)constitucionalidade.

Contudo, essas decisões também acarretam um grande aumento no poder criativo dos tribunais constitucionais, mormente em situações nas quais a decisão não se limita a simples anulação da norma, trazendo consigo a prescrição de um direito novo, seja pela extensão do conteúdo normativo ou pela fixação de conteúdo controverso perante as demais instituições.

Esse papel criativo do tribunal, em algumas situações, concorre com os poderes do legislador, pois o órgão jurisdicional também passa a criar direito novo e a decidir sobre temas politicamente complexo, com controversa aceitação na sociedade. Em razão dessa

situação de tensão entre os poderes, levantam-se questionamentos sobre a legitimidade democrática dos tribunais constitucionais no exercício do controle, em especial por meio das decisões intermediárias.

O objetivo desta dissertação foi o de analisar os elementos de sustentação da legitimidade da fiscalização da constitucionalidade das leis, incluindo-se aqui nas decisões intermediárias, buscando compreender os limites da legitimidade democrática na atuação dos tribunais frente ao princípio majoritário (democrático) e da separação dos poderes.

No primeiro capítulo, fizemos uma pequena digressão sobre a origem e características dos dois modelos de controle de constitucionalidade tradicionalmente adotado pela doutrina para classificação dos sistemas de jurisdição constitucional: o americano e austríaco. Vimos que o sistema americano é caracterizado pela possibilidade de realização da atividade de controle por qualquer juiz ou tribunal, que o realiza dentro de um processo judicial em concreto, podendo o magistrado deixar de aplicar a norma quando entendê-la em desconformidade com a Constituição. Por sua vez, o sistema Austríaco se caracteriza pela atribuição do poder de controle somente a um órgão especialmente criado para essa tarefa, o tribunal constitucional, que teria o poder de anular a lei após sua análise em um processo de caráter abstrato, sem um caso concreto para sustentá-lo.

Pontuamos as características básicas dos sistemas de controle de constitucionalidade português e brasileiros, que ao contrário dos dois modelos acima mencionados, se configuram como sistema misto de controle, em que é possível a realização da fiscalização da inconstitucionalidade tanto no âmbito concreto/difuso, quanto no âmbito abstrato/concentrado. Traçamos as características básicas de ambos os sistemas, as principais ações disponíveis para a fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Em seguida, tratamos dos elementos da legitimidade da jurisdição constitucional, os quais perpassam por uma evolução e conciliação entre os conceitos de liberdade, constitucionalismo e democracia. Esse regime político está indiscutivelmente vinculado à ideia de preservação da liberdade, pois se lastreia na participação do indivíduo na produção das normas a que vai se submeter, que, dada a improbabilidade de uma decisão unânime, se traduz na vontade da maioria.

Contudo, a experiência demonstra que, muitas vezes, essa expressão da vontade da maioria poderá ser um elemento para opressão das minorias, ou mesmo num risco à existência autônoma do indivíduo. O constitucionalismo surge como elemento para limitar o poder estatal e estabelecer garantias mínimas ao cidadão, como a liberdade, direito à vida, garantias penais e processuais. A partir do constitucionalismo, a Constituição desponta como o ápice do sistema jurídico.

O controle da constitucionalidade das leis é um dos mecanismos estabelecidos em diversos países para a regularidade das normas legislativas perante a Constituição, impedindo que maiorias eventuais consigam minar as disposições constitucionais através da legislação. Trata-se de um mecanismo de caráter contramajoritário, pois suas decisões podem, inclusive, contrariar a vontade da maioria legislativa.

Contudo, esse caráter contramajoritário e as inevitáveis confrontações com as decisões do legislador ensejam questionamentos sobre a legitimidade dos tribunais constitucionais, notadamente porque os seus juízes não são eleitos pelo povo. Assim, como forma de abordar tal questão, tratamos de três temas corriqueiramente abordados sobre a questão: a legitimação indireta, o legislador negativo e a autocontenção.

Embora não eleitos pelo povo, os juízes constitucionais tem os seus poderes originados diretamente da Constituição, que prevê as atribuições do tribunal e o método de escolha dos seus juízes. Logo, indiretamente são escolhidos pelo povo, pois este, ao aprovar a Constituição, através do exercício do poder constituinte, aquiesceu com a criação do instrumento de controle. De outro lado, há diversos elementos nas constituições para reforçar essa legitimidade democrática da jurisdição constitucional, tal como a ampla participação dos órgãos de caráter representativo na escolha dos membros do tribunal, o que lhe confere representatividade democrática também. Definida a legitimidade do tribunal, o exercício de sua atividade deve observar limites para que não haja uma indevida invasão das atividades de controle a atividade do legislador.

A teoria do legislador negativo surge como elemento para limitação do poder do tribunal constitucional. Hans Kelsen entendia que o tribunal exercia autêntica função legislativa, pois editava normas de caráter geral e abstrato, consistente na anulação da norma inconstitucional. Contudo, o legislador negativo não concorreria ou invadiria as funções do legislador positivo, pois se limitaria à sua estrita função, que é a anulação das leis. Considerava que o papel de controle deveria ser bastante restrito, baseado em normas claras e objetivas, sob pena de se deslocar o poder de concretização da Constituição do legislador para o tribunal. Ao juiz constitucional, não se atribuía a mesma extensão criativa dada ao legislador.

Na mesma linha da teoria do legislador negativo, a doutrina também exige uma postura de autocontenção (*self restraint*) pelo juiz constitucional perante as decisões do legislador como forma de preservação do espaço democrático das decisões tomadas na arena política. O seu fundamento é que a função de desenvolvimento da ordem jurídica deve competir ao legislador, sendo que sucessivas intervenções do tribunal na legislação poderia representar uma intervenção indevida nas atividades daquele.

Ressaltou-se, porém, que a autocontenção não implica numa completa ausência de criatividade do tribunal, mas apenas numa exigência de que ele atue dentro do razoável. Esclareça-se, porém, a existência de dificuldades de se exigir uma postura de autocontenção do tribunal em ordenamentos jurídicos com constituições analíticas, com a previsão de direitos fundamentais de caráter vinculante, pois conduzem a uma maior criatividade do juiz, ao passo que limita os espaços de atuação do legislador.

No segundo capítulo, tratamos do conceito das decisões intermediárias, ressaltando que o seu surgimento perpassou pelo reconhecimento da distinção entre dispositivo e norma, e pela atuação consequencialista pelos juízes constitucionais, fatores que levaram ao reconhecimento da inadequação jurídica, em diversas situações, das decisões de simples anulação. Essas decisões são assim chamadas em razão de estarem entre a declaração de inconstitucionalidade e a legitimidade constitucional.

As características basilares das decisões intermediárias são: a) a finalidade temperar ou moderar, à luz do princípio da segurança jurídica, o rigor absoluto das decisões de declaração de inconstitucionalidade; b) estão no caminho, embora assimétrico, entre as decisões de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, implicando na preservação de um domínio normativo da disposição julgada inconstitucional; c) efeitos transformadores que projetam.

Comumente estas decisões são divididas em duas categorias: as sentenças normativas e as sentenças transitivas ou transacionais. A categoria das sentenças normativas são aquelas que importam na criação de uma norma de caráter geral e vinculante, dividindo-se nas seguintes espécies: a) interpretativas ou de interpretação conforme, b) aditivas, c) aditivas de princípios, d) substitutivas. Já as sentenças transitivas são pronunciamentos sobre a constitucionalidade e inconstitucionalidade, segundo parâmetro transitório, e que anunciam um processo em transformação da norma, podendo mencionar as seguintes espécies: a) inconstitucionalidade sem efeito ablativo; b) inconstitucionalidade com ablação diferida; c) sentenças apelativas; d) sentenças de aviso.

Após tratar de cada uma dessas figuras, pontuamos os debates doutrinários sobre o uso dessas decisões, concluindo que a doutrina no geral reconhece a adoção de um papel acentuadamente criativo pelo tribunal constitucional ao proferir essas decisões, situação que o aproxima da figura de um legislador positivo, sendo que tal situação acaba por trazer novamente a discussão sobre aos limites da legitimidade democrática do órgão jurisdicional.

Em seguida, fizemos uma pequena análise da aplicabilidade dessas decisões em Portugal, cujo tratamento constitucional e legal é bastante restrito, se limitando à restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. De outro lado, a doutrina majoritária aceita sua

aplicação em outras categorias, porém manifesta certa preocupação de que as decisões intermediárias sirvam de artifício para a invasão das prerrogativas do legislador, dos tribunais ordinários ou para fragilizar o princípio da constitucionalidade (n. 3, do art. 3º, da CPR).

Parte da restrição da utilização de decisões intermediárias em Portugal se dá pela ausência de força obrigatória geral às decisões de não declaração de inconstitucionalidade, situação que tornaria ilegítima a imposição pelo tribunal constitucional de um determinado significado da norma aos demais tribunais, não sendo possível a transmissão de eventual efeito positivo das decisões de caráter aditivo.

Por fim, a doutrina portuguesa é majoritária em não admitir as decisões apelativas, por entenderem que estas podem vulnerar o princípio da constitucionalidade, pela potencialidade de manutenção da vigência de norma já reconhecida como nula por determinado período. Ademais, para além dessa violação à norma constitucional, não se vislumbra previsão legal para justificar sua aplicação.

No Brasil, a aceitação das decisões intermediárias é mais ampla, tendo em vista a positivação de várias das figuras tratadas na doutrina, a exemplo da interpretação conforme, declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto e a modulação dos efeitos temporais para o futuro. Além disso, como o STF ocupa a função de última instância do Poder Judiciário, a ele também compete o julgamento de última instância de várias ações, havendo uma tendência do sistema jurídico em conferir efeito vinculante aos seus pronunciamentos.

Entretanto, a vinculação da declaração de constitucionalidade não deixa de ser alvo de diversas críticas pela doutrina, haja vista que a imposição de um determinado significado pode restringir o poder de interpretação dos tribunais ordinários, impedindo a aplicação do dispositivo em outras acepções constitucionalmente possíveis e válidas. Além disso, há o receio de que a imposição de uma determinada interpretação para o dispositivo tenha o condão de modificá-lo.

No terceiro capítulo, discutimos a questão da legitimidade da jurisdição constitucional, a partir das decisões intermediárias, oportunidade em que se pontuou que tal análise não pode ser realizada sem a devida menção às mudanças vivenciadas pela sociedade durante o século XX, pela modificação da estrutura normativa das Constituições e também do papel dos juízes. Tal contextualização se mostrou imprescindível para a real compreensão deste fenômeno da expansão da criatividade dos juízes em suas decisões, notadamente nas ações de controle.

Vimos que as sociedades contemporâneas se caracterizam como sociedades de massa, com alta produtividade industrial, consumo de bens e serviços, os quais vieram acompanhados de um enorme consumo de recursos naturais e da inerente dificuldade em lidar com as externalidades geradas. Esse incremento na complexidade social provocou também

um aumento no âmbito de regulamentação de diversos aspectos da vida em coletividade, bem como também implicou num aumento da estrutura burocrática do Estado.

Se verificou, igualmente, uma mudança na estrutura das normas constitucionais e na legislação. Antes, voltadas à definição de condutas e na fixação das consequências legais para sua inobservância, hoje as legislações, notadamente as de caráter econômico e social, possuem amplo papel promocional, exigindo do Estado políticas permanentes de prestações positivas. Outras legislações possuem um aspecto técnico elevado, o que implicou na atribuição aos órgãos do poder executivo o poder de completar o conteúdo da lei. Por fim, a Constituição é carregada de princípios de caráter abstratos, muitos deles conflitantes, o que acaba por incrementar o poder dos aplicadores destas normas, notadamente os juízes.

Como último ponto na modificação do contexto normativo atual, deve-se mencionar o reconhecimento do poder criativo dos juízes, não mais se admitindo antiga doutrina do juiz como mera boca da lei. Além disso, a consagração dos tribunais constitucionais por vários países, principalmente após a segunda guerra mundial, acompanhado da tarefa de aplicar uma Constituição fundada em princípios abstratos de caráter vinculante, acabou por reforçar o poder dos tribunais em apreciar o trabalho do legislador.

Face a essa profunda alteração, antigas críticas ao papel criativo dos juízes ou mesmo de suposta interferência nas atividades legislativas devem ser vistas com as devidas atualizações, sob pena de não se apreender a dinâmica estabelecida pelo novo contexto normativo a que estamos inseridos. Em vista disso, conceitos como o do ativismo judicial devem ser visto com as devidas adaptações, haja vista que a criatividade é inerente ao exercício da atividade jurisdicional, que é potencializada pela recorrente necessidade de atribuição ao sentido normativo de diversas disposições de caráter abstrato, conferindo certa discricionariedade ao julgador nesta avaliação. Além disso, dado o caráter prestacional de vários direitos positivados na Constituição, também se criou diversos instrumentos normativos para corrigir eventual omissão da administração pública ou do legislador.

Essas transformações prejudicam, inclusive, a costumeira exigência de deferência do judiciário à postura do legislador, na medida em que ordem constitucional exige deste a implantação dos direitos fundamentais, não podendo o juiz, no exercício de sua atividade de controle, se omitir no dever de garantir a efetividade destes direitos. A Constituição traça balizas que orientam futura produção legislativa, que reduzem o espaço de atuação do parlamento e aumentam o espaço da jurisdição.

Do mesmo modo, a antiga ideia kelseniana do tribunal como legislador negativo também se mostra fragilizada nos dias atuais, pois se reconhece que o tribunal não atua como legislador, muito menos sem qualquer tipo de papel criativo. Desta feita, muitas vezes na

doutrina reconhecem a possibilidade de que o tribunal adote postura criativa na efetivação dos direitos fundamentais, o que o aproximaria da chamada figura do legislador positivo.

Os institutos jurídicos não são mecanismos estáticos, que sempre atenderão às mesmas finalidades. A despeito de no momento de sua criação, os tribunais constitucionais tivessem a função precípua de garantia do equilíbrio federativo e da regularidade do exercício das funções dos poderes, agora o seu papel também é o de proteção dos direitos fundamentais, das instituições democráticas, das minorias e de servir de freios ao arbítrio estatal em face do cidadão.

Contudo, essa potencialidade criativa dos juízes constitucionais reacende o debate e as críticas sobre os limites do tribunal, pois a função legislativa ainda deve ter seu espaço preservado, não podendo a defesa da implementação dos direitos fundamentais liquidar o espaço de decisões políticas atribuído legislador, sob pena de se colocar em risco o sistema democrático-representativo.

Como respostas a esses questionamentos, se mostra necessário traçar limites a serem observados pela jurisdição constitucional no exercício de suas funções. Um primeiro aspecto a ser considerado é que o tribunal constitucional, como órgão constituído pela lei maior, também está submetido aos seus ditames e deve respeitar o espaço de competência dos demais poderes. Assim, a observância do princípio da separação dos poderes é uma das exigências que devem ser levadas em consideração.

As funções do tribunal são tipicamente de controle, necessárias para verificação de eventuais incorreções nas atividades desempenhadas pelos demais Poderes, preservando-se assim a regularidade do sistema normativo. Deste modo, não se confere ao tribunal a prerrogativa de iniciativa na criação de direito novo. Deve ele velar pela preservação da liberdade dos demais poderes em desenvolver a norma constitucional.

Além disso, embora a Constituição estabeleça um rol princípios a serem observados pelo legislador, os quais vinculam sua atividade, essas normas não podem implicar num completo condicionamento de suas atividades, sob pena de eliminação do seu papel conformador, com conseqüente prejuízo à liberdade política decorrente da estrutura representativa daquele órgão. Não é possível a suplementação da atividade legislativa pelo órgão jurisdicional, com a eliminação de juízos políticos por uma avaliação puramente jurídico-valorativa, não cabendo ao tribunal controlar as opções políticas do legislador. Não podemos olvidar que muitos dos princípios constitucionais possuem caráter abstrato e que o legislador também é legitimado a torná-lo concreto a partir da legislação.

O princípio da separação dos poderes e o respeito ao papel de conformação do legislador devem ser considerados principalmente no âmbito das decisões intermediárias, pois

o acentuado caráter criativo destas poderá ocasionar a violação desses dois valores. A adoção dessas técnicas de decisão pelo tribunal não pode servir de artifício para uma indevida invasão sobre as atividades do legislador.

Por fim, pontuamos a questão de quem dá a última palavra, em especial sobre a possibilidade de reedição da norma declarada inconstitucional e da modificação do parâmetro utilizado pelo tribunal constitucional.

Sobre a possibilidade de reedição da norma inconstitucional, a doutrina, de início, apresenta forte reserva à sua realização, haja vista a eficácia geral conferida às decisões no controle de constitucionalidade, que também vinculam o legislador. Afinal, não pode este reeditar a norma, pois seria uma forma de neutralizar o poder de controle, com a manutenção da situação de inconstitucionalidade anteriormente verificada.

Contudo, nos casos em que verificada uma efetiva modificação da realidade jurídica, com uma profunda alteração no contexto social, econômico ou jurídico em que realizada a anulação da norma, não se vislumbra impedimento na sua reedição, a qual, obviamente, poderá ser submetida a um novo processo de fiscalização da constitucionalidade. A coisa julgada decorrente da declaração de inconstitucionalidade deve ser vista como regida pela cláusula *rebus sic stantibus*, pois sua estabilidade está vinculada à manutenção das circunstâncias fáticas existentes ao tempo da decisão anulatória.

Por fim, a modificação do parâmetro constitucional é uma outra alternativa à superação de uma decisão de inconstitucionalidade que contrarie o senso político da comunidade. Se o constituinte derivado possui o poder de modificar a norma que ensejou a declaração da inconstitucionalidade, tal medida poderá ser adotada para reprogramar a atuação do tribunal. Obviamente, nos casos em que o parâmetro utilizado não comportar profundas modificações, a exemplo das cláusulas pétreas, o exercício deste poder ficará prejudicado.

Ressalte-se que a decisão do tribunal constitucional não pode ser tomada como um ponto final no debate político sobre um determinado tema de interesse da população ou das demais instituições, mas deverá servir de elemento para o início de um debate interinstitucional, de modo a permitir que os demais intérpretes da Constituição tomem ciência das razões adotadas no controle e possam adotar as medidas constitucionalmente possíveis para superação da situação de inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

REFERENCIAS NORMATIVAS

BRASIL. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Diário Oficial da União, Seção 1 [Em linha]. (11-11-1999), Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm.

BRASIL. **Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Diário Oficial da União, Seção 1, [Em linha]. (06-12-1999), Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm

SUPREMO Tribunal Federal – **Acórdão s/n. Ação direta de inconstitucionalidade n. 939/DF**, julgado em 15 dez. 1993. Plenário. Relator Ministro Sydney Sanches. [em linha]. [Consult em 23 jul. 2023]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>.

____ – **Acórdão s/n. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5971/DF**, julgado em 13 set. 2019. Plenário. Relator Ministro Alexandre de Moraes. [em linha]. [Consult em 23 jul. 2023]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750960588>.

____ – **Acórdão s/n. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54/DF**, julgado em 12 abr. 2012. Plenário. Relator Ministro Marco Aurélio. [em linha]. [Consult em 23 jul. 2023]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>.

____ – **Acórdão s/n. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4275/DF**, julgado em 01 mar. 2018. Plenário. Redator do Acórdão Ministro Edson Fachin. [em linha]. [Consult em 23 jul. 2023]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>.

TRIBUNAL Constitucional Portugal – **Acórdão n. 90/1988.** Processo n. 149/1984, julgado em 19 abr. 1988. 2ª Secção. Relator: Conselheiro Luis Nunes de Almeida. [em linha]. [Consult. Em 23 jul. 2023]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880090.html>.

____ – **Acórdão n. 148/1994.** Processo n. 530/1993, julgado em 08. fev. 1994. Plenário. Relator Conselheiro Guilherme da Fonseca [em linha]. [Consult. Em 23 jul. 2023]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940148.html> .

____ – **Acórdão n. 143/1985.** Processo n. 139/84, julgado em 30 jul. 1985. Plenário. Relator Conselheiro Vital Moreira [em linha]. [Consult. Em 23 jul. 2023]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850143.html>.

____ – **Acórdão n. 103/1987.** Processo n. 74/83, julgado em 24 mar. 1987. Plenário. Relator Conselheiro Cardoso Costa [em linha]. [Consult. Em 23 jul. 2023]. Disponível em

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870103.html>.

____ – **Acórdão n. 106/2016**. Processo n. 757/2013, julgado em 24 fev. 2016. 3 Secção. Relator Conselheira Maria José Rangel de Mesquita [em linha]. [Consult. Em 23 jul. 2023]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160106.html>.

____ – **Acórdão n. 168/1988**. Processo n. 194/1985, julgado em 13 jul. 1988. 3 Secção. Relator Conselheira M. Diniz [em linha]. [Consult. Em 23 jul. 2023]. Disponível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880168.html>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLAN, Marina Gascon – **La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción**. Revista Española de Derecho Constitucional. [sl], Ano 14, n. 41 (mai. - ago. 1994), p. 63-87.

ABELLAN, Marina Gascon – **Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, v.9 (jan/mar 2009), p.71-95.

AGRA, Walber de Moura - **A legitimação da jurisdição constitucional pelos direitos fundamentais**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC. Belo Horizonte, ano 1, n. 2 (abr. - jun. 2007).

AHUMADA RUIZ, Maria Angeles – **El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. [em linha]. n. 8. (jan – abr 1991), p. 169-194.[Consult. 31.03.2023]. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/35400rcec08167.pdf>.

ALMEIDA, Luis Nunes – **Da politização à independência, in: Legitimação e legitimidade, Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: Colóquio no 10 aniversário do Tribunal Constitucional** – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993.Coimbra: Coimbra editora, 1995, p. 242-254. ISBN 972-32-0681-1.

AMADO, Frederico – **Curso de direito e processo previdenciário**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm. 2014. ISBN 857-761-953-2.

AMARAL, Maria Lúcia – **As decisões intermédias na jurisprudência constitucional portuguesa**. [Em linha]. Lisboa: [sd], [Consult. 23.03.2023]. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/414-362.pdf>.

AMARAL, Maria Lúcia – **Jurisdição constitucional e princípio democrático**. Liber Amicorum Fausto de Quadros. Coimbra: Almedina, 2016, p. 351-60.

AMARAL, Maria Lúcia – **O modelo português de justiça constitucional: análise crítica**. Anuário Iberoamericano de Direito Constitucional. [Em linha]. Madrid, n. 11 (2007), p. 17-40. ISSN 1138-4824. [Consult. 23.03.2023]. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25845aijc011001.pdf>.

- ARAGÃO, Alexandre Santos de – **O controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais**. Revista de Direito Processual Geral. [em linha]. Rio de Janeiro, 2003, p. 29-41. [Consult. 23.03.2023]. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODc3NQ%2C%2C>.
- ARÁGON REYES, Manuel – **El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad**. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, [em linha], 1996, p. 179-82. [Consult. 23.03.2023]. Disponível em: https://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/1/aragon_reyes.pdf.
- ARAÚJO, Antônio de; MAGALHÃES, Pedro Coutinho - **A justiça constitucional: uma instituição contra as maiorias?. Análise Social**. [em linha]. Lisboa, vol. XXXV (154-155), 2000, p. 207-246. [Consult. 23.03.2023]. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218810451D6gVF8jb0Dg12PO1.pdf>.
- ARAÚJO, Antônio de; MAGALHÃES, Pedro Coutinho - **A justiça constitucional entre o direito e a política: o comportamento judicial no Tribunal Constitucional português. Análise Social**. [em linha]. Lisboa, vol XXXIII (145), 1998, p. 7-53. [Consult. 23.03.2023]. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/229274979_A_Justica_Constitucional_entre_o_Direito_e_a_Politica_o_Comportamento_Judicial_no_Tribunal_Constitucional_Portugues
- BACHOF, Otto – **Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política**. Ciência Jurídica. Salvador, ano III (mar – abr 1989), p. 134-146.
- BACHOF, Otto – **Jueces y Constitución**. Madrid: Civitas, 1985. ISBN 84-7398-368-8.
- BACHOF, Otto – **Nuevas Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política**. [em linha]. México. [sd]. p. 837-852. [Consult. 23.03.2023]. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/2259/2516>.
- BARNETT, Randy E. - **Constitutional clichés**. Capital University Law Review. [em linha]. Georgetow, n. 36, 2008, p. 493-510. [Consult. 23.03.2023]. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1841&context=facpub>
- BARROSO, Luís Roberto – **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-10322-1.
- BARROSO, Luis Roberto – **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn]Thesis. [em linha]. Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32. ISSN 2358-4130. [Consult. 23.03.2023]. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>.
- BERHOLC, Jorge O. - **Las sentencias interpretativas y el control de constitucionalidad: Su utilización por el Tribunal Constitucional de España**. Revista de informação

- legislativa. [em linha]. Brasília. v. 54 n. 214 (abr. - jun. 2017), p. 31-48. [Consult. 23.03.2023]. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p31.
- BERCOVICI, Gilberto – **Constituição e política: uma relação difícil**. [em linha] [sl]. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 61, 2004. [Consult. 23.03.2023]. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/4dBzLJzmbWgmSFnJM8QRJ6m/?format=pdf&lang=pt>.
- BINENBOJM, Gustavo – **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-85-7147-861-9.
- BONAVIDES, Paulo – **Jurisdição constitucional e legitimidade**. Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional, [em linha], [sl], n. 7, 2003, p. 77-101. [Consult. 23.03.2023]. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=761386>.
- BRANDÃO, Rodrigo – **O STF e o dogma do legislador negativo**. [em linha]. Rio de Janeiro, Direito, Estado e Sociedade, n.44, jan-jun 2014, p. 189 a220. ISSN 1516-6104. [Consult. 26.03.2023]. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?from%5Finfo%5Findex=11&infolid=286&sid=26>.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. - **La justicia constitucional como garantía de la constitución**. [em linha]. México, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, [sd], [Consult. 26.03.2023]. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/7.pdf>.
- CANAS, Vitalino - **Os efeitos das decisões do tribunal constitucional: a garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público**. [em linha]. Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo, ESDC, n. 2 (jul.-dez. 2003). ISSN 1983-2302. [Consult. 26.03.2023]. Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/48/48>.
- CANOTILHO, J.J. Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro – **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1984. ISBN 857525140-6.
- CAPPELLETTI, Mauro – **Repudiando Montesquieu? Expansão e legitimidade da “justiça constitucional”**, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. [em linha]. Porto Alegre, v. 20 (outubro 2001), p. 261-286. [Consult. 26.03.2023]. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/71892>.
- CAPPELLETTI, Mauro – **El “formidable problema” del control judicial y la contribucion del analisis comparado**. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). [em linha].

- Madrid, CEPC, num. 13, (jan. - fev. 1980), p. 61-103. [Consult. 26.03.2023]. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/15829repne013075.pdf>.
- CAPPELLETTI, Mauro – **Judicial Review in Comparative Perspective**. California Law Review. [em linha], vol 58, n. 05 (oct. 1970), p. 1017-53. [Consult. 26.03.2023]. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3479676>.
- CAPPELLETTI, Mauro - **Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility**. [em linha]. The American Journal of Comparative Law, Vol. 31, No. 1 (1983), p. 1-62. [Consult. 26.03.2023]. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/839606>.
- CAPPELLETTI, Mauro – **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- CARPIO MARCOS, Edgar - **Sieyès, Jellinek, Kelsen y los Tribunales Constitucionales. Sobre la Jurisdicción Constitucional**. [em linha]. Lima: UIGV, 2017, p. 151-211. [Consult. 31.03.2023]. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/316659967_Sieyes_Jellinek_Kelsen_y_los_tribunales_constitucionales.
- CASTRO, Bernardo de Mendonça Teixeira de - **As sentenças intermédias na ordem constitucional nacional: análise da sua legitimidade à luz do princípio da separação de poderes**. Coimbra: Edições Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6766-7.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin – **Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 7, Ago / 2015, p. 155 – 204.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin – **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CHACÍN FUENMAYOR, Ronald de Jesús - **La legitimidad de las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales: remedios para el horror vacui**. Cuestiones Jurídicas. [em linha], Maracaibo, vol. II, núm. 1 (jan – jun 2008), p. 65-84. ISSN: 1856-6073. [Consult. 30.03.2023]. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127519339004.pdf>.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb - **Elementos para uma compreensão histórica do controle da constitucionalidade no Brasil (1891 e 1965)**. Revista Jurídica da Presidência. [em linha]. Brasília, v. 20, n. 120 (Fev. - Maio 2018), p. 92-116. [Consult. 29.03.2023]. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1497>.
- CORREIA, Fernando Alves – **Justiça constitucional**. 2. ed. Coimbra, Almedina, 2019. ISBN

978-972-40-7741-3.

ELY, John Hart – **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. ISBN 978-85-7827-156-5.

ENTERRIA, Eduardo García – **La posición jurídica del tribunal constitucional em el sistema español: posibilidades y perspectivas**. Revista Española de Derecho Constitucional. [em linha], [sl], n. 100 (jan. - abril 2017), p. 39-131. ISSN: 0211-5743. [Consult. 29.03.2023]. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2023-03/36939eduardogarciadeenterriaredc100.pdf>.

FAVOREAU, Louis – **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy Editora, 2004. ISBN 85-7629-019-7.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco – **Algunas reflexiones generales em torno a los efectos de la sentencias de inconstitucionalidad y a la relatividad de ciertas fórmulas estereotipadas vinculadas a ellas**. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. [em linha]. Madrid. n. 12, 2008, p. 135-198. ISSN 1138-4824. [Consult. 29.03.2023]. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/44697>.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco – **El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. algunas cuestiones dogmáticas**. Estudios Constitucionales. [em linha], Santiago, ano 7, n 2, 2009, p. 13-69. ISSN: 0718-0195. [Consult. 29.03.2023]. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82011841002.pdf>.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco – **El Tribunal Constitucional español como legislador positivo**. Pensamiento Constitucional. [em linha], Lima, ano XV, n. 15, 2011, p. 127-192. ISSN 1027-6769. [Consult. 30.03.2023]. Disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3063/2910>.

GARGARELA, Roberto – **La dificultad de defender el control judicial de las leyes. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. [em linha]. [sl], n. 6, abril 1997, p. 55-70. [Consult. 30.03.2023]. Disponível em: <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcpv758>.

GRIMM, Dieter - **Constitutions, constitutional courts and constitutional interpretation at the interface of law and politics**. [em linha]. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1 (set.-dez., 2019), p. 55-71. [Consult. 30.03.2023]. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n3/tomo1/versao-digital/54/.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James – **O federalista**. Tomo terceiro. Rio de Janeiro: Typ. Imp. E Const. De J Villeneuve e Comp., 1840, Cap. LXXVIII, p. 154-164.

- KELSEN, Hans – **A democracia**. 2^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN 85-336-1257-5.
- KELSEN, Hans – **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. ISBN 85-336-1473-X.
- KELSEN, Hans – **Teoria geral do direito e do estado**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998. ISBN 85-336-0950-7.
- KELSEN, Hans – **Teoria pura do direito**. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. ISBN 85-336-0836-5.
- KIMMINICH, Otto – **A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes**. Revista de Informação Legislativa. [em linha]. Brasília, ano 27, n. 105 (jan. - mar. 1990), p. 283-302. [Consult. 30.03.2023]. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175832/000452796.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- KMIEC, Keenan D. - **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"**. California Law Review. Vol. 92, n. 05 (out. 2004), p. 1.441-1478. [Consult. 30.03.2023]. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3481421>.
- LANDA, César - **Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana. La justicia constitucional y su internacionalización**. México: UNAM, n. 569, Tomo 1, 2010, p. 599-621. ISBN: 9786070219214. [Consult. 30.03.2023]. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/24.pdf>.
- LEAL, Mônia Clarissa Hening - **Dworkin x Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas**. A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional. [em linha]. Belo Horizonte, ano 4, n. 17 (jul. - set. 2004), p. 31-58. [Consult. 31.03.2023]. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/606/45>.
- LEIBHOLZ, Gerhard – **El tribunal constitucional de la republica federal alemana y el problema de la apreciacion judicial de la política**. Revista de estudios políticos. [em linha], [sl], n. 146, 1966, p. 89-100. ISSN 0048-7694. [Consult. 31.03.2023]. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2079744>.
- LESSA, Alex Alves – **Sentenças intermediárias no controle de constitucionalidade**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. ISBN 978-65-5956-218-3.
- MEDEIROS, Rui – **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999. ISBN 972-54-0005-4.
- MENDES, Conrado Hubner – **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. ISBN 978-85-352-2811-3.

- MENDES, Gilmar Ferreira - **A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de Controle abstrato da omissão**. Caderno Virtual. [em linha]. v. 1, n. 7. [Consult. 31.03.2023]. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/49>.
- MENDES, Gilmar Ferreira – **Apelo ao legislador na corte constitucional alemã**. Revista trimestral de Direito Público. São Paulo, Malheiros Editores, n. 10, 1995, p. 32-51.
- MENDES, Gilmar Ferreira – **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva – **Controle concentrado de constitucionalidade das leis: Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-07197-1.
- MIRANDA, Jorge – **Fiscalização da constitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7100-8.
- MIRANDA, Jorge- **Juízes constitucionais e Parlamentos: a experiência de Portugal**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. [em linha], Rio de Janeiro, n. 74, (out - dez. 2019), p. 119-135. [Consult. 31.03.2023]. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1506380/Jorge+Miranda.pdf>.
- MIRANDA, Jorge – **Fiscalização da constitucionalidade**. Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7100-8.
- MIRANDA, Jorge – **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo VI, 2008. ISBN 978-972-32-1571-7.
- MORAES, Alexandre de - **Legitimidade da justiça constitucional**. Revista de Informação Legislativa. [em linha]. Brasília, ano 40, n. 159 (jul. - set. 2003), p. 47-59. [Consult. 31.03.2023]. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496891/RIL159.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- MORAIS, Carlos Blanco de – **Justiça Constitucional II**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1923-4.
- MOREIRA, Vital – **Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: Colóquio no 10 aniversário do Tribunal Constitucional** – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Coimbra editora, 1995, p. 177-198. ISBN 972-32-0681-1.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel - **Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial**. Quaestio Juris. [em linha]. Rio de Janeiro, v.06, n. 02. p. 119-

161. ISSN 1516-0351. [Consult. 31.03.2023]. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/814>.
- NINO, Carlos S - **La filosofía del control judicial de constitucionalidad**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. [em linha], Madrid, n. 4 (set – dez 1989), p. 79-88.[Consult. 31.03.2023]. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/35323rcec04077.pdf>.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira - **Jurisdição constitucional e política**. Revista de Investigações Constitucionais. [em linha]. Curitiba, vol. 4, n. 2 (mai - ago. 2017), p. 147-162. ISSN 2359-5639. [Consult. 31.03.2023]. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/50156/33214>.
- OMMATI, José Emílio Medauar - **De legislador negativo a legislador positivo: as sentenças intermediárias no controle de constitucionalidade brasileiro**. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. [em linha], Porto Alegre, n. 80 (maio - ago. 2016), p. 55-68. [Consult. 31.03.2023]. Disponível em: <https://revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/205>.
- PELICIOI, Angela Cristina - **A sentença normativa na jurisdição constitucional**. Revista de Informação Legislativa. [em linha], Brasília, ano 44, n. 174 (abr. - jun. 2007). [Consult. 31.03.2023]. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140965/R174-28b.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- RANGEL, Paulo Castro – **Estado fraco, tribunais fortes: de novo as questões de legitimidade e função**. Julgar. [em linha], n. 3, 2007, p. 87-95. [Consult. 31.03.2023]. Disponível em: <http://julgar.pt/estado-fraco-tribunais-fortes-de-novo-as-questoes-de-legitimidade-e-funcao/>.
- ROS, Luciano da - **Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição: uma tipologia a partir dos estudos recentes sobre judicialização da política com aplicação ao caso brasileiro contemporâneo**. Direito, Estado e Sociedade. [em linha]. Rio de Janeiro, n.31 (jul - dez 2007), p. 86-105. [Consult. 31.03.2023]. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Ros_n31.pdf.
- ROSÁRIO, Pedro Trovão do - **Tribunal constitucional – ¿un legislador negativo o positivo?**. Revista de Derecho UNED. [em linha], n. 16, 2015, p. 713-740. ISSN 2255-3436. [Consult. 31.03.2023]. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/15284/13389>.
- RUBIO LLORENTE, Francisco – **La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho**. Revista Española de Derecho Constitucional. [em linha]. Ano 8. Núm. 22

- (jan – abr 1988), p. 9-51.[Consult. 31.03.2023]. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24875redc022017.pdf>.
- RUBIO LLORENTE, Francisco – **Once tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa. Tendencias actuales del derecho**. [em linha]. México: UNAM, 2001, p. 338-367.[Consult. 31.03.2023]. Disponível em: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10311>.
- SAMPAIO, José Adércio Leite – **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2002. ISBN 85-7308-546-0.
- SAMPAIO, José Adércio Leite – **Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais do regime de constitucionalidade no Brasil**. O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 165-218. ISBN 85-7387-206-3.
- SAMPAIO, José Adércio Leite – **As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo**. Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 159-194.
- SCHNEIDER, Hans-Peter. **Jurisdiccion constitucional y separacion de poderes**. Revista Española de Derecho Constitucional. [em linha]. Ano 2. n. 5 (mai-ago 1982), p. 35-61.[Consult. 31.03.2023]. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24596redc005035.pdf>.
- SERRASQUEIRO, Mafalda – **O Tribunal de Schröndiger: uma justiça constitucional simultaneamente politizada e neutra**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. LVIII, 2017/1 (agosto 2017), p. 97-132. ISSN 0870-3116.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo - **Manual de direito ambiental**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-18727-6.
- SOUSA, Luiz Henrique Boselli de – **As sentenças aditivas na jurisdição constitucional**, [em linha]. São Paulo, Revista Jurídica ESMP-SP, v.3, 2013, p. 99-117. [Consult. 23.03.2023]. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/77.
- SOUSA FILHO, Ademar Borges de – **Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. ISBN 978-85-450-0110-2.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de – **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. ISBN 85-7147-286-6.
- STARCK, Christian – **La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático**. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. [em linha]. n. 7, 2003, p. 479-493. [Consult. 31.03.2023]. Disponível em:

- <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/1469aib007479.pdf>.
- STRECK, Lenio Luiz – **Jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. ISBN 978-85-309-8717-6.
- TAVARES, André Ramos – **Justiça constitucional e suas fundamentais funções**. Revista de Informação Legislativa. [em linha]. Brasília, ano 43, n. 171 (jul. - set. 2006), p. 19/47. [Consult. 01.04.2023]. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496903/RIL171.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- TAVARES, André Ramos – **O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva**. Fórum Administrativo. [em linha]. Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. [Consult. 01.04.2023]. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57940>
- TAVARES, André Ramos – **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN 85-02-04992-5.
- TROPER, Michel - **Constitutional Interpretation**. Israel Law Review, vol 39, n. 02, 2006, p. 35–50. [Consult. 01.04.2023]. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/israel-law-review/issue/6815F7EE535A2D0CDD46BE9952CB06DC>.
- TROPER, Michel – **The logic of justification of judicial review**. Oxford Press and New York University School of Law. [em linha]. Vol 1, n. 1, 2003, p. 99-121. [Consult. 01.04.2023]. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/1/1/99/671960>.
- URBANO, Maria Benedita – **Curso de justiça constitucional**. Coimbra: Edições Almedina, 2016.
- VERDU, Pablo Lucas – **Estado de derecho y justicia constitucional: aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación**. Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). [em linha]. n. 33 (mai – jun 1983). p. 7-48. [Consult. 01.04.2023]. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/16074repne033009.pdf>.
- VIEIRA, Oscar Vilhena – **Supremocracia**. Revista de Direito GV. [em linha]. São Paulo, n. 04, vol 02 (jul – dez 2008), p. 441-64. [Consult. 01.04.2023]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/issue/view/1924/2102>.
- ZAGREBELSKY, Gustavo – **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.
- ZAGREBELSKY, Gustavo – **El juez constitucional en el siglo XXI**. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. [em linha]. n. 10 (jul – dez 2008), p.

249-268. [Consult. 01.04.2023]. Disponível em:
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25297.pdf>.