

**INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO**

**A ATIVIDADE CRIATIVA DO INTÉRPRETE PERANTE A SUPREMA CORTE  
PÁTRIA: LEGISLADOR POSITIVO OU NEGATIVO? ANÁLISE DA ATUAL  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**BRASÍLIA,  
NOVEMBRO 2015**

**RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO**

**A ATIVIDADE CRIATIVA DO INTÉRPRETE PERANTE A SUPREMA CORTE  
PÁTRIA: LEGISLADOR POSITIVO OU NEGATIVO? ANÁLISE DA ATUAL  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção título de Especialista em Direito na linha de pesquisa de Direito Constitucional.

**BRASÍLIA,  
NOVEMBRO 2015**

**RAFAEL BARBOSA DE CASTILHO**

**A ATIVIDADE CRIATIVA DO INTÉRPRETE PERANTE A SUPREMA CORTE  
PÁTRIA: LEGISLADOR POSITIVO OU NEGATIVO? ANÁLISE DA ATUAL  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção título de Especialista em Direito na linha de pesquisa de Direito Constitucional.

Brasília, 17 de novembro de 2015.

---

Membro da Banca Examinadora

---

Membro da Banca Examinadora

## RESUMO

A presente monografia visa analisar a atividade da Suprema Corte brasileira - intérprete constitucional por excelência de nosso ordenamento jurídico. De mais a mais, do exame do princípio da separação de poderes e de aspectos de hermenêutica e interpretação constitucional, patenteia-se a atuação do intérprete constitucional como uma atividade notadamente criativa. Assim, indaga-se se ele estaria a atuar como legislador negativo ou positivo, à luz da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Hermenêutica constitucional. Interpretação constitucional. Intérprete constitucional. Legislador negativo. Legislador positivo. Separação de poderes. Análise jurisprudencial.

## ABSTRACT

This monograph consists on the result of a research that analyses the Brazilian Supreme Court's activity. Starting with the analysis of the characteristics of the principle of the separation of powers and the aspects of the constitutional hermeneutics, we present the activity of the constitutional interpreter's as a naturally creative procedure. So, the question that is asked refers to the following fact: based in the current jurisprudence of the Supreme Court, does he act as a negative or positive legislator?

**Keywords:** Constitutional hermeneutics. Constitutional Interpretation. Constitutional interpreter. Negative Legislator. Positive Legislator. Separation of powers. Jurisprudence analysis.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>9</b>
<b>2 HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>20</b>
<b>2.1 Conceitos básicos relacionados à hermenêutica e à interpretação constitucional: hermenêutica, interpretação, aplicação, construção e pré-compreensão.....</b>	<b>20</b>
<b>2.2 A concepção de ordenamento jurídico, norma fundamental e Constituição. Conceito e objeto da Constituição.....</b>	<b>25</b>
<b>2.3 A interpretação constitucional .....</b>	<b>33</b>
<b>2.3.1 Métodos e princípios de interpretação constitucional.....</b>	<b>37</b>
<b>2.3.2 Distinção entre princípios (normas-princípio) e regras (normas-disposição).....</b>	<b>50</b>
<b>2.3.3 Reflexões e temperamentos relacionados à atuação judicial criativa.....</b>	<b>60</b>
<b>2.3.4. O processo de interpretação constitucional: a concretização da norma e de princípios a partir de valores (o legislador positivo) .....</b>	<b>65</b>
<b>3 ANÁLISE DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DE CARÁTER “CRIATIVO” EMANADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>69</b>
<b>3.1 A atividade criativa do intérprete em nossa corte constitucional – legislador positivo ou negativo? .....</b>	<b>80</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>85</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>88</b>

## INTRODUÇÃO

O trabalho monográfico ora apresentado busca examinar a atuação e o papel do intérprete constitucional, notadamente sob a ótica do princípio da separação dos poderes e embasado nos preceitos e valores associados ao constitucionalismo contemporâneo.

Cuida-se, indubitavelmente, de importante temática, uma vez que a Suprema Corte pátria é reiteradamente chamada a se manifestar acerca das mais diversas questões que afetam diretamente a sociedade, seja porque envolvem nosso sistema de governo, seja porque trazem consequências diretas para os variados setores da sociedade.

Por certo, nos últimos anos têm se evidenciado cada vez mais a atuação do Supremo Tribunal Federal e com isso surgem, igualmente, críticas relacionadas a uma suposta exacerbação de suas competências constitucionais em virtude de uma postura teoricamente mais ativa e intensa da Corte, especialmente por intermédio da aplicação direta da Constituição a situações não expressamente nela albergadas e que levaria a uma interferência no espectro de competência dos outros Poderes.

Para a consecução dos objetivos da presente pesquisa, manejou-se como metodologia de pesquisa principal, a bibliográfica, por meio de consultas à doutrina jurídica em geral, isto é, livros, artigos científicos, estudos acadêmicos, etc; e, como secundária, a pesquisa documental, por intermédio da análise da jurisprudência e de processos do Supremo Tribunal Federal.

De mais a mais, o princípio da separação de poderes, constantemente lembrado e ressaltado em várias decisões de nossa Corte Constitucional, possui direta conexão com a atividade do intérprete constitucional, que deve sempre zelar pela sua observância, razão pela qual este princípio e sua correlação com a jurisdição constitucional serão apreciados no primeiro capítulo deste ensaio.

A tensão entre os poderes, de fato, está presente, seja nas questões que envolvem políticas públicas, tais como o acesso à educação, saúde, transportes, segurança, dentre outras, seja nas questões que envolvem conflitos federativos (como as divergências acerca da

competência legislativa dos entes federados), ou, ainda, em questões particulares que demandam a tutela dos direitos e garantias fundamentais.

Em seguida analisaremos os principais conceitos relacionados à hermenêutica e à interpretação constitucional, como também aspectos relacionados à atuação judicial criativa e concretização da norma e de princípios a partir de valores.

Seguramente, o papel do intérprete constitucional é deveras valioso porque ele, em verdade, é quem diz o direito. Ele traduz, declara e esclarece as normas que compõem o ordenamento jurídico, de acordo com os ditames da Constituição. É o intérprete constitucional quem, de fato, diz o que é a Constituição. Ele não só a declara como vela pela sua observância e consequente manutenção de sua força normativa.

Finalmente, no terceiro capítulo apresentar-se-á a atual jurisprudência do Supremo Tribunal com a específica apreciação da atividade criativa de nossa Corte constitucional e sua atuação na qualidade de legislador negativo ou positivo será enfrentada.

Nesse sentido, pretende-se, com esse trabalho, em suma, analisar a atividade do intérprete constitucional e sua natureza. Realmente, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o intérprete constitucional atuaria como legislador negativo, na medida em que desempenha um papel de criação do direito. Porém, essa é a indagação que faremos, porquanto a Constituição passa por constantes processos de mutação: seria ele um legislador negativo ou positivo?

## 1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

As três funções típicas do Estado envolvem três frentes de atuação do poder: a legislativa, jurisdicional e administrativa. A primeira refere-se à fixação, em lei, de comandos jurídicos em termos gerais e abstratos, aplicáveis a todos os integrantes de uma comunidade política. E as demais equivaleriam à imposição da legislação aos casos concretos. Cite-se, ainda, a função de governo enquanto conjunto de competências não relacionadas propriamente à satisfação de necessidades essenciais, vinculadas aos direitos fundamentais – e, por isso mesmo, distinta da função administrativa, atinentes à existência do Estado e à formulação de escolhas políticas primárias. A função administrativa exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional<sup>1</sup>.

No contexto do Estado Liberal, a lei consubstanciava-se como razão universal advinda da vontade geral. As suas normas eram legítimas porque oriundas de uma autoridade competente e criadas segundo os pressupostos formais do devido processo legislativo. Essa visão originária do iluminismo racionalista era consequência da necessidade de brejar possíveis abusos da Administração e do Judiciário.

Nessa perspectiva, surgia a clássica Teoria da Separação de Poderes, como fórmula para que um poder pudesse conter a autoridade do outro. Ao Judiciário cabia, tão somente, a afirmação do direito no caso concreto, considerando aquilo que já estava positivado no ordenamento, em atenção ao império da lei, de cunho geral e abstrato. A generalidade não admitia qualquer juízo de proporcionalidade, considerando uma visão estritamente formal do princípio da isonomia. Portanto, a criação do direito para o caso concreto limitava-se a aplicação da lei utilizando-se da lógica da subsunção do fato à norma. Tratava-se, assim, de um ideal positivista<sup>2</sup>.

Logo, a divisão segundo o critério funcional - célebre "Separação de Poderes" - consiste em distinguir três funções estatais: legislação, administração e jurisdição, que devem

---

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39-40.

<sup>2</sup> LAMY, Marcelo. **A função jurisdicional e a criação do direito**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 15 – jan./jun. 2010. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-15/RBDC-15-211-Marcelo\\_Lamy\\_\(As\\_Funcoes\\_Jurisdicionais\\_e\\_a\\_Criacao\\_de\\_Direitos\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-15/RBDC-15-211-Marcelo_Lamy_(As_Funcoes_Jurisdicionais_e_a_Criacao_de_Direitos).pdf). Acesso em 10/12/2014.

ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as desempenharão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra *Política*, detalhada, posteriormente, por John Locke, no Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu, O espírito das leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, atualmente prevista no art. 2.º da Carta Política brasileira<sup>3</sup>.

Destarte, a referida Teoria, segundo a doutrina constitucional norte-americana, previa a existência de estruturas orgânicas distintas e separadas, no âmbito do Estado para o exercício de cada uma das funções públicas típicas: administrar, legislar e julgar. Montesquieu, no contexto do arranjo institucional inglês da primeira metade do século XVIII, pretendia receitar uma estrutura de poderes que mitigasse o absolutismo monárquico, criando-se um mecanismo institucional onde o poder pudesse frear o poder, porém, para ele, os poderes não seriam propriamente os de executar, de legislar e de julgar, mas sim, o rei (Executivo), a Câmara alta e a Câmara baixa (legislativo), pois entendia mencionado autor, que o poder de julgar seria neutralizado nele próprio.

O poder de executar e o de legislar não seriam neutralizados pela separação de suas respectivas funções, mas pela comunhão de correlatas faculdades de estatuir e de impedir entre eles. Amaral Júnior explica que esse arranjo deve ser compreendido naquele contexto histórico, uma vez que cumpria um propósito específico: prevenir o absolutismo<sup>4</sup>. A doutrina do *checks and balances*, oriunda do Direito Constitucional norte-americano aproxima-se dessa receita, embora as instituições ali existentes tenham distinções relevantes: o Judiciário não é um poder neutro, na medida em que exerce um poder de veto absoluto: a declaração de inconstitucionalidade de leis, o que não foi previsto em Montesquieu, mas, ao criar mais um

---

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. **Revista dos Tribunais**, v. 90, n. 791, set.2001, p. 739-756.

<sup>4</sup> AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis in **Revista dos Tribunais**, vol. 868, 2008, p. 53-68.

meio de trancamento do poder, estaria a auxiliar a realização do objetivo liberal clássico. Permite-se, assim, que os poderes venham a exercer funções típicas e funções atípicas<sup>5</sup>.

Corroborando grande parte dos conceitos da multicitada teoria nossa Constituição Federal objetivando, notadamente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito<sup>6</sup>.

Ressalte-se: o ponto central da Separação de Poderes foi a proibição de uma única pessoa ou um único órgão exercer todas as funções referentes aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário<sup>7</sup>. Como salientou Montesquieu, "estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares<sup>8</sup>".

No Brasil, o Presidente da República participa ativamente do processo legislativo: possui iniciativa legislativa, pode editar Medidas Provisórias, elaborar leis delegadas e exercer o poder da sanção e do veto (art. 66, CF). Igualmente, interfere na atividade judicante quando indica e nomeia os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos demais Tribunais Superiores (artigo 84, inciso XIV, da CF); e ainda, o Legislativo e o Judiciário também exercem função administrativa ao regulamentarem temas como a organização de seus serviços e órgãos internos (artigo 51, inciso IV, artigo 52, inciso XIII, e 96, inciso I, alínea "b", da CF).

Ademais, o bicameralismo pátrio é desigual, com prevalência da casa iniciadora sobre a revisora; e o veto presidencial pode ser derrubado no Congresso Nacional.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que a separação de poderes resguardada na Constituição Federal não invoca um modelo abstrato, a exemplo do proposto por Montesquieu, mas o núcleo essencial de um modelo concreto – o arranjo institucional

---

<sup>5</sup> MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. Revista dos Tribunais, v. 90, n. 791, set.2001, p. 739-756.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. (Baron de). **O espírito das leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 165.

adotado pelo constituinte originário, portanto, seria grave equívoco pretender perenizar o atual arranjo institucional brasileiro a partir da mesma compreensão das coisas<sup>9</sup>.

A ordem constitucional brasileira apresenta variantes que não se adequam perfeitamente a essa visão tripartida dos poderes, especialmente no que se refere ao exercício da função administrativa, que seria uma atividade típica não apenas do Poder Executivo, mas, igualmente, dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, pela disciplina constitucional que possuem, pelas garantias institucionais de seus membros e etc., o que os colocam fora dos demais poderes do Estado.

Por outro lado, no tocante à função de governo, majoritariamente atribuída ao Poder Executivo, também seria exercida, com natureza de função típica, pelo Legislativo ao fixar certos atos legislativos, como a Lei do Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei de Orçamento Anual (art. 165, CF), que versam de matérias eminentemente de governo.

Outrossim, fenômenos como a crescente especialização dos campos do conhecimento e a rapidez com que os eventos ocorrem a ensejar a tomada de decisões políticas prontamente levam à hiperprodução legislativa por parte do Executivo. Com efeito, além da já mencionada interferência Executiva no processo legislativo, tem-se a atividade de regulação que o Executivo exerce, assim prevista no art. 174 da Carta Política.

Já a função legislativa, como já dito, refere-se à fixação, em lei, de comandos jurídicos em termos gerais e abstratos, aplicáveis a todos os integrantes de uma comunidade política, sendo primordialmente exercida pelo Poder Legislativo, reminiscência da perspectiva racionalista do século das luzes de que a criação do direito deveria ser obra exclusiva do legislador, de cujo texto – claro e transparente – dispensar-se-ia qualquer labor interpretativo, como se o direito fosse uma ciência lógica. Tratava-se de um dogma cuja proposta exercia o papel de aprisionar o juiz, ao tempo em que o libertava do absolutismo monárquico, e dificultava que as classes dominantes insurgissem-se contra a ordem estabelecida<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis in Revista dos Tribunais, vol. 868, 2008, p. 53-68.

<sup>10</sup> SILVA, Ovídio A. Batista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 25.

O moderno Estado de Direito, que surge a partir da Revolução Francesa e da Independência norte-americana, possibilita que o postulado de acesso à justiça passe a ser constitucionalmente reconhecido, representando o marco do surgimento do Estado Liberal-Illuminista, onde se permite a criação de uma organização politico-jurídica pautada não apenas no primado da lei, mas, também, no reconhecimento de direitos individuais e num modelo abstrato de separação de poderes, a teor da proposta de Montesquieu, mas que, no Brasil, ganha contornos de núcleo essencial de um modelo concretamente institucionalizado pelo Poder Constituinte originário e, assim, com o perdão da repetição, apresenta variantes que não se encaixam exatamente à visão tripartida dos poderes, especificamente quando se trata do exercício de função administrativa.

Quanto à função jurisdicional, as atribuições que se entendia a ela vinculadas foram incrementadas na medida em que (i) evolui o dogma acerca do processo jurisdicional, modificando-se o seu caráter de instituto adendo ao direito material, sem qualquer autonomia, para, então, vê-la reconhecida, assumindo o caráter de instrumento de realização do direito material, como forma de acesso à justiça<sup>11</sup>, e conferindo à jurisdição escopos sociais, políticos e jurídicos; (ii) o Estado monopoliza o seu exercício e a reconhece como uma função estatal, colocando-se o processo numa perspectiva de instrumento a serviço da ordem constitucional a refletir as bases do regime democrático proclamado enquanto *microcosmos* democrático do Estado-de-Direito<sup>12</sup>; (iii) o princípio da legalidade sofre um processo de mitigação na medida em que se incrementam os poderes de integração do direito pelos juízes.

De mais a mais, surge, para além do postulado da instrumentalidade, uma perspectiva neo-institucionalista e garantista. A sociedade, órfã do Poder Executivo no que tange à concreção de políticas públicas, promove um movimento de politização do Judiciário: realiza-se uma releitura da concepção romanista de ação, sob uma nova conformação política, conferindo autonomia ao direito subjetivo de ação e reconhecendo o direito genérico de invocar a jurisdição, transformando-a num direito subjetivo oponível ao próprio Estado. O Judiciário, dessarte, cria o direito ao integrá-lo - e, num viés neo-institucionalista e garantista, sobrepõe-se de certa forma à função legislativa - ao tempo em que o implementa, ao subrogar-se nas funções tipicamente executivas para determinar a realização concreta de políticas públicas e, ao fundo e ao cabo, perfazer, ele mesmo, as escolhas que seriam efetivamente executadas dentro dos programas de governo.

---

<sup>11</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 26-27.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 17-18.

Na esfera Executiva, o princípio da legalidade sofre também certa mitigação e ganha semblantes de deslegalização, a fim de viabilizar o uso de mecanismos que possam atender, por meio, por exemplo, das agências reguladoras, demandas técnicas (telefonia, energia, consumo, entre outras) que requerem decisões rápidas e eficientes para acompanhar notadamente os avanços tecnologia, cuja evolução incompatibiliza-se com o lento ritmo de produção de leis do Poder Legislativo.

Cuida-se de fenômeno que se deve ao fato de que, no Estado Democrático, o direito é constitucionalizado, desenhando uma ordem complexa e simultaneamente constituída por regras e princípios como duas espécies normativas igualmente aplicáveis à vida dos indivíduos e do Estado.

Configura-se, pois, uma alteração paradigmática: o direito desvincula-se do positivismo pelo império da lei rumando para a constitucionalização da ordem jurídica do pós-positivismo. O operador do direito deve vislumbrar a composição estrutural da ordem jurídica como algo mais complexo do que a de um mero conjunto hierarquizado de regras (normas aplicáveis à maneira do tudo ou nada) antes defendido pelo positivismo jurídico. Por se tratar de um direito constitucionalizado, a legalidade ganha novo sentido, mais amplo, para significar a demanda por uma atuação, mais do que lícita, constitucional, já que o centro do ordenamento jurídico deixa de ser a lei, a teor da visão positivista, e passa à Constituição.

Assim, a Administração submete-se não apenas a comandos legais expressos, mas, sobretudo, à Constituição e a seus princípios. Logo, ao princípio da legalidade agrega-se conteúdo axiológico, passando a abranger, além das leis e atos normativos do Executivo, com força de lei, os valores e princípios contidos de forma expressa ou implícita na Constituição, de forma a impactar diretamente no modelo idealizado por Montesquieu de separação de poderes e mesmo no próprio arranjo institucional proposto pelo Poder Constituinte Originário, a exigir um esforço metodológico do aplicador do direito para conformar essa realidade complexa àquele arranjo porquanto núcleo essencial da ordem pré-estabelecida.

É imperativa, por conseguinte, a adaptação da Teoria da Separação dos Poderes ao sistema político-constitucional atual, visto que não mais existe o antigo Estado Liberal, modelo utilizado para as regras estabelecidas por Locke, Kant e Montesquieu, sem que com isso afastemo-nos das garantias básicas consagradas pelo constitucionalismo, particularmente porque devemos rejeitar a tentação de identificarmos o constitucionalismo apenas com a

Separação de Poderes, pois essa teoria foi elaborada no século XVIII, para controlar os regimes monárquicos e a aristocracia e esta contida dentro da doutrina maior das garantias constitucionais<sup>13</sup>.

Nos Estados Modernos deve prevalecer como destaca o Professor Alexandre de Moraes:

o objetivo inicial e principal da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes, qual seja a finalidade de proteção das liberdades individuais contra o arbítrio de um governante onipotente, porém o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, torna-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado "freios e contrapesos" ( checks and balances).<sup>14</sup>.

Desta feita, na caracterização da Separação dos Poderes, como garantia do constitucionalismo, inexistência de concentração do Poder em um único e absoluto órgão, assim como a presença de diversos mecanismos constitucionais de controles recíprocos mostram-se muito mais pertinentes e relevantes do que a mera rigidez clássica apontada por Locke, Kant e Montesquieu.

Outrossim, em nosso ordenamento, esse princípio também ganha contornos próprios, relevantes na atividade promovida pelas Cortes Constitucionais na verificação abstrata da constitucionalidade das normas. Na Constituição Federal de 1988 está previsto no dispositivo do artigo 2º, evidenciado como cláusula irremovível nos termos do artigo 60, § 4º, III. Cada Poder tem “sua organização regulada em capítulo distinto no Título IV: arts. 44 a 75 (Legislativo), arts. 76 a 91 (Executivo) e arts. 92 a 135 (Judiciário)”<sup>15</sup>. De fato, “é o confronto analítico dos preceitos relativos à organização e ao funcionamento de cada uma dessas funções públicas que permite extrair o conteúdo e a extensão de que se reveste a teoria da separação em nosso sistema jurídico-constitucional”<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. Revista dos Tribunais, v. 90, n. 791, set.2001, p. 739-756.

<sup>14</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 360.

<sup>15</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3367, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006 PP-00004 EMENT VOL-02225-01 PP-00182 REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029. Disponível em [http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(3367.NUME.%20OU%203367.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(3367.NUME.%20OU%203367.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em 12 de dezembro de 2014, p.16.

<sup>16</sup> Idem.

O constituinte originário pátrio ordenou a estrutura organizacional dos Poderes de modo a garantir-lhes a independência no exercício das funções típicas, conferindo-lhes, como instrumento para tal, alto grau de autonomia orgânica, administrativa e financeira. Todavia, assentou outras competências para o exercício de controle mútuo, para formar, com aquelas outras regras, um “verdadeiro sistema de integração e cooperação, preordenado a assegurar equilíbrio dinâmico entre os órgãos, em benefício do escopo último, que é a garantia da liberdade”<sup>17</sup>. Nesse quadro normativo, é possível verificar que a Constituição não autoriza qualquer exegese que reduza a independência dos Poderes a termos absolutos. As disposições de controle recíproco não enfraquecem o núcleo político e jurídico do sistema; este somente será afetado se “ferido lá onde se caracterizar, à luz de sua inspiração primordial, usurpação de funções típicas ou aniquilamento prático da autonomia de cada Poder”<sup>18</sup>.

Colocadas tais ponderações, cumpre, doravante, o exame do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional.

Inicialmente, insta salientar que o controle de constitucionalidade das normas encontra sua razão de ser na rigidez constitucional, visto que, quando um sistema adota uma Constituição rígida - uma Constituição em sentido formal, que exige um processo especial e diferenciado de revisão, capaz de lhe conferir uma estabilidade superior às leis ordinárias - isto indica uma distinção primária a ser feita entre poder constituinte e poder constituído. Teremos, então, a supremacia da Constituição, elaborada pelo Poder Constituinte, sobre todas as outras leis editadas pelo Poder Constituído, “um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma”. Em verdade, existirá “uma hierarquia jurídica, que se estende da norma constitucional às normas inferiores (leis, decretos-leis, regulamentos etc.), e a que corresponde por igual uma hierarquia de órgãos”. Essa hierarquia faz com que a Constituição seja “a lei das leis”, isto é, “a mais alta expressão jurídica da soberania”<sup>19</sup>.

Desta forma, o Legislativo, que tem suas atribuições derivadas da Constituição, não deve trazer, para o ordenamento jurídico, dispositivos legais contrários às disposições constitucionais, uma vez que elas seriam nulas, inválidas, diante da ordem jurídica posta. A

---

<sup>17</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3367, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006 PP-00004 EMENT VOL-02225-01 PP-00182 REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029. Disponível em [http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(3367.NUME.%20OU%203367.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(3367.NUME.%20OU%203367.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em 12 de dezembro de 2014, p.16.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p 296.

questão, portanto, cinge-se em saber que órgão e por que meios essas normas inconstitucionais poderão ser afastadas do sistema normativo<sup>20</sup>, porque, sem esse controle, a supremacia da Constituição não passaria do plano teórico, conforme explica Paulo Bonavides:

O ponto mais grave da questão reside em determinar que órgão deve exercer o chamado controle de constitucionalidade. Sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental.

Inobstante, o controle de constitucionalidade ostenta algumas dificuldades, em virtude “de conferir ao órgão incumbido de seu desempenho um lugar que muitos têm por privilegiado, um lugar de verdadeira preeminência ou supremacia, capaz de afetar o equilíbrio e igualdade constitucional dos poderes”<sup>21</sup>. Alguns sistemas constitucionais atribuem ao órgão que exerce o controle de constitucionalidade, em razão de seus efeitos políticos, uma posição de preeminência no Estado, para, assim, conferir a um corpo político, normalmente distinto do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, essa competência<sup>22</sup>. Por outro lado, diferentes sistemas atribuem esse múnus a um órgão jurisdicional. Segundo Paulo Bonavides, a adoção desse último sistema de controle produz “um grave problema teórico, decorrente de o juiz ou tribunal investido nas faculdades desse controle assumir uma posição essencialmente política”<sup>23</sup>.

Diz-se, assim, que o surgimento da Jurisdição Constitucional teve particular importância - num primeiro momento, nos Estados que ainda não possuíam uma tradição democrática, não estando sedimentada a ideologia participativa – para preservar o equilíbrio institucional e manter a atuação estatal em sintonia com as opções políticas fundamentais indicadas na Constituição.

Deveras, tudo deve ser enfrentado dentro daquela perspectiva a qual nos referimos anteriormente de quais seriam os contornos ou o conteúdo do princípio da separação de poderes num determinado Estado. Fato é que, no sistema brasileiro, adota-se o controle jurisdicional e, ainda que existente certa controvérsia acerca da legitimidade democrática da

---

<sup>20</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p 297.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 299.

<sup>23</sup> Ibidem, p. 301.

Corte Constitucional, inegável se mostra que ela exerce papel fundamental na manutenção dos pilares de nosso Estado Democrático de Direito.

Impende notar que, conforme observaremos mais detidamente no decorrer deste trabalho, “a norma constitucional não é um mero fato objetivo, a ser simplesmente constatado; em verdade, ela inevitavelmente assumirá os contornos que lhe sejam dados pelo Tribunal, instância última de controle”<sup>24</sup>. Dessarte, igualmente, na forma já referida acima, há sempre a preocupação em se conferir legitimidade democrática às decisões a respeito da constitucionalidade das leis.

Nesse sentido podemos apontar, inclusive, expressa previsão legal contida nas Leis nº 9.868 e 9.882 ambas de 1999 - que disciplinam processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental - acerca da realização de audiências públicas perante a Suprema Corte.

Por certo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal as audiências públicas foram normatizadas pela Emenda Regimental nº 29/2009, que conferiu competência ao Presidente ou ao Relator, nos termos dos artigos 13, XVII, e 21, XVII, do Regimento Interno, para “convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante” debatidas no Tribunal, tudo isso de modo a conferir legitimidade popular às decisões da Corte, aproximando-a com a sociedade civil e com a própria comunidade científica.

Todavia, é constante o questionamento quanto à possibilidade de os órgãos de controle de constitucionalidade investirem-se de um poder excessivo, que ocorre, geralmente, quando “o Tribunal Constitucional transita da autocontenção (*self-restraint*) para uma postura ativista (*ativism*), avançando em matérias que, teoricamente, poderiam ser enquadradas sob a epígrafe da liberdade política dos órgãos legislativos e administrativos<sup>25</sup>”.

Essa atuação proativa do Poder Judiciário tenderia a gerar afronta à separação dos poderes, que impõe uma limitação dos poderes necessária à manutenção do estado

---

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p 37.

<sup>25</sup> Idem.

democrático de direito. Logo, sempre que o Judiciário inova o ordenamento jurídico, criando, instituindo regramentos, ele se imiscuiria, indevidamente, na função legislativa.

A propósito, Daniel Sarmento evidencia:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico<sup>26</sup>.

Ainda sob a ótica do princípio da separação dos poderes e da possibilidade de controles recíprocos, a reforma do Judiciário trazida à Constituição pela emenda constitucional nº 45/04 apresentou o instituto da súmula vinculante, a qual tem por objetivo uniformizar a jurisprudência e a conduta dos órgãos administrativos, sem, impedir, no entanto – assim como o controle de constitucionalidade das normas também não impede – a edição de lei, pelo Legislativo, contrária ao entendimento enunciado na súmula. Apesar disso, este instrumento processual assume força normativa, visto que vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública em geral.

Esse instituto, em nosso sentir, demonstra a importância da interpretação constitucional para o correto funcionamento do Estado Democrático de Direito. No entanto, ressalta, também, a questão central da presente pesquisa: atualmente nossa Suprema Corte estaria, de fato, a atuar unicamente como um legislador negativo ou, por vezes, chegaria ao ponto de proceder como um legislador positivo?

---

<sup>26</sup> SARMENTO, Daniel Souza. (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007, p. 144.

## 2 HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

### 2.1 Conceitos básicos relacionados à hermenêutica e à interpretação constitucional: hermenêutica, interpretação, aplicação, construção e pré-compreensão.

Inicialmente, cumpre clarificar alguns conceitos clássicos e referenciais básicos relacionados no estudo da hermenêutica e da interpretação constitucional, quais sejam: hermenêutica, interpretação, aplicação, construção e pré-compreensão.

A **hermenêutica** jurídica é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito<sup>27</sup>. Carlos Maximiliano pontua ser a hermenêutica jurídica o ramo da ciência dedicado ao estudo e determinação das regras que devem presidir o processo interpretativa de busca do significado da lei, e não a sua aplicação, a busca efetiva deste significado em cada caso<sup>28</sup>.

Já a **interpretação** se caracteriza como a atividade prática de relevar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto<sup>29</sup>. A interpretação é a atividade que vai esclarecer o objetivo da norma, determinando o seu raio de alcance face aos inúmeros casos concretos que surgem. A interpretação obriga uma opção, dentre as escolhas possíveis, por aquela que seja a melhor.

A **aplicação** de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, ou seja, a efetiva concretização da norma pela incidência do preceito normativo ao caso concreto<sup>30</sup>. Aplicar a norma jurídica significa implementar a subsunção do comando legal à situação da vida real a que se destina. É, na verdade, a tarefa última do profissional do Direito. Muitos autores afirmam que a aplicação é o segundo momento da interpretação, o qual se segue à escolha da norma aplicável ao caso concreto. Segundo Carlos Maximiliano, a “interpretação é a diagnose e a aplicação a medicação”<sup>31</sup>.

Parte da doutrina, dentre os quais José Alfredo de Oliveira Baracho<sup>32</sup>, sustenta que a interpretação constitucional exige ainda a especificação de um quarto conceito: o de

---

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 97

<sup>28</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 1.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto, 1998, p. 97.

<sup>30</sup> Idem.

<sup>31</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Op.cit, p. 8.

<sup>32</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Hermenêutica constitucional, in **Revista de Direito Público**, v. 59/60, 1981, p. 46.

**construção.** Esta corrente apoia a tese de que a Constituição contém predominantemente normas de princípio ou esquema com alto caráter de abstração, afirmando necessário tirarem-se conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto constitucional. Para eles, a diferença básica entre interpretação e construção reside em que a interpretação é limitada à exploração do texto, ao passo que a construção pode ir além e, inclusive, recorrer a considerações extrínsecas.

Além das considerações já expostas, deve-se destacar que existe uma diferença conceitual entre hermenêutica jurídica, interpretação e aplicação da norma. Porém, antes de tudo, é preciso destacar que o conhecimento é adquirido e passado para frente com base numa perspectiva ou num ponto de vista. Todos têm uma perspectiva e, portanto, somos todos parciais. Desse modo, não há algo que esteja localizado fora do tempo e do espaço, longe da história, que possa ser analisado com isenção e objetividade<sup>33</sup>.

O professor Inocêncio Mártires Coelho indica, entre os pressupostos hermenêuticos, que, na verdade, os fatos não existem, pois o que existe são interpretações de fatos, já que a atividade de busca da verdade será de natureza hermenêutica<sup>34</sup>. Luís Roberto Barroso, também, ressalta que “toda norma jurídica, e, *ipso facto*, toda norma constitucional, precisa ser interpretada. Interpretam-se todas as leis, sejam claras ou obscuras, pois não se deve confundir a interpretação com a dificuldade de interpretação”<sup>35</sup>.

Segundo as lições de Barroso, mesmo na atividade de revelar o conteúdo da norma quando não há dúvidas, há o caráter de interpretação, pois, embora possa existir uma zona de clareza na lei, ela não cessaria a atividade do intérprete, o condenando a uma acrítica interpretação literal, mas, apenas, enfraqueceria a sua atividade<sup>36</sup>.

Aliás, cumpre fazermos uma observação. Nesse ponto, trazemos o ensinamento do mestre Castanheira Neves. Ele expõe – e veremos esse ponto com mais detalhes em seguida – que “diante da abertura/abstração dos enunciados jurídicos, não se pode, *a priori*, falar em

---

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 1-8.

<sup>35</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 103.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 106.

norma aplicável; esta será a que, afinal, for construída pelos intérpretes/aplicadores, como *regra de decisão*, à luz das exigências do caso”<sup>37</sup>.

Luís Roberto Barroso, na introdução de sua obra acerca da interpretação constitucional, também faz uma constatação que demonstra aquela inexistência de neutralidade na verificação dos fatos interpretados: a de que, no âmbito da ciência, não existem verdades “absolutas nem perenes”<sup>38</sup>. Isso porque, segundo ele, “toda interpretação é produto de uma época, de uma conjuntura que abrange os fatos, as circunstâncias do intérprete e, evidentemente, o imaginário de cada um”<sup>39</sup>. E acrescenta que, com o passar do tempo, o homem muda a noção que tem do mundo à sua volta e de si mesmo. Observa que mesmo a atividade de observação e investigação pode interferir com os fatos pesquisados, ou seja, “nem mesmo a observação é neutra”<sup>40</sup>.

Quanto à hermenêutica, a interpretação e a aplicação, Luís Roberto Barroso define:

A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito. A interpretação é a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade do fato<sup>41</sup>.

Segundo Luís Roberto Barroso, os conceitos de hermenêutica, interpretação e aplicação representam o caminho intelectual para a realização do direito, pois “cuidam eles de apurar o conteúdo da norma, fazer a subsunção dos fatos e produzir a regra final, concreta, que regerá a espécie”<sup>42</sup>.

Seguramente, como ressaltado de forma muito feliz pelo mestre Lenio Streck, não podemos deixar de creditar a dois autores não integrantes do meio jurídico – Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer - grande parte da base teórica do estudo da filosofia da interpretação, assim vejamos:

---

<sup>37</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, p. 166/176.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto, 2008, p.1.

<sup>39</sup> Idem.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 103.

<sup>42</sup> Idem.

Os contributos da hermenêutica filosófica para o direito trazem uma nova perspectiva para a hermenêutica jurídica, assumindo grande importância as obras de Heidegger e de Gadamer. Com efeito, Heidegger, desenvolvendo a hermenêutica no nível ontológico, trabalha com a ideia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão; é na compreensão que se esboça a matriz do método fenomenológico. A compreensão possui uma estrutura em que se antecipa o sentido. Ela se compõe de aquisição prévia, vista prévia e antecipação nascendo desta estrutura a situação hermenêutica. Já Gadamer, seguidor de Heidegger, ao dizer que ser que pode ser compreendido é linguagem, retoma a ideia de Heidegger da linguagem como casa do ser, onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado. Daí que, para Gadamer, ter um mundo é ter uma linguagem. As palavras são especulativas, e toda interpretação é especulativa, uma vez que não se pode crer em um significado infinito, o que caracterizaria o dogma. A hermenêutica, desse modo, é universal, pertence ao ser da filosofia, pois, como assinala Palmer, a concepção especulativa do ser que está na base da hermenêutica é tão englobante como a razão e a linguagem<sup>43</sup>.

Claramente inspirado por Heidegger, Gadamer apresenta seu conceito de *círculo hermenêutico*: “O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete<sup>44</sup>.” É uma contínua formação que aceita as experiências e as ideias pré-concebidas pelo interprete, mas que não é e não pode ser determinada por tais experiências e/ou ideias.

Ainda segundo Gadamer:

uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem neutralidade com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes.<sup>45</sup>

Já Martin Heidegger ensina de forma brilhante que:

A interpretação de algo como algo se funda, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é a apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições. Se a concreção da interpretação, no sentido da interpretação textual exata, se compraz em se basear nisto que ‘está’ no texto, aquilo que, de imediato, apresenta como estando no texto nada mais é do que a opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete. Em todo princípio de interpretação, ela se apresenta como sendo aquilo que a interpretação necessariamente já ‘põe’,

<sup>43</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 165-166.

<sup>44</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997, p. 439-440.

<sup>45</sup> Idem, p. 405.

ou seja, que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia<sup>46</sup>.

Corroborando as lições de Heidegger o professor Inocêncio Mártires Coelho ressalta, ainda, a ideia de pré-compreensão, também, em virtude daquela ausência de neutralidade na verificação dos fatos, porque, conforme mencionamos, o intérprete do direito, também, possui sua perspectiva quando analisa as relações jurídicas. Essa perspectiva traduz, em última análise, seus preconceitos, seja em sentido negativo, seja em sentido positivo<sup>47</sup>.

Portanto, conforme indica o professor Inocêncio Mártires Coelho, a pré-compreensão do intérprete é o ponto de partida da interpretação, porque condiciona a compreensão do fato, embora não determine toda ela. A pré-compreensão constitui-se pela integração de múltiplos fatores – biológicos, sociais e culturais – que compõem a nossa personalidade como unidade complexa e dinâmica, em permanente configuração.<sup>48</sup>

Por isso, toda interpretação é apenas uma entre as várias outras, tidas como igualmente possíveis, ou seja, elaborada à luz de critérios mínimos de racionalidade. Daí que se impõe assumir o pluralismo e a integração de perspectivas para não incorrerem em reducionismos que comprometem a visão global e bloqueiam o entendimento<sup>49</sup>.

Desta feita, cumpre-nos evidenciar o pensamento de Luís Roberto Barroso para partir da premissa de que “a interpretação não é um fenômeno absoluto ou atemporal”<sup>50</sup>, ao contrário, parte do conhecimento e da realidade existente em cada época, além das “crenças e valores do intérprete”: tanto do contexto social em que se insere como daqueles inerentes ao seu indivíduo<sup>51</sup>.

Devemos ter em mente que o intérprete constitucional, em verdade, é quem desenvolve a “atividade de realização da vontade constitucional”<sup>52</sup>.

---

<sup>46</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 1988, p.207.

<sup>47</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Repensando a interpretação constitucional**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30 de junho de 2015.

<sup>48</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **A Dimensão Normativa da Interpretação Constitucional**. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/539/987>. Acesso em 23/06/2015.

<sup>49</sup> Idem.

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto, 2008, p. 2.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 4.

Sobre a interpretação, no âmbito estritamente jurídico, Robert Alexy traz a noção de círculo hermenêutico, que se manifestaria, pelo menos, sobre três formas principais: a primeira na relação entre pré-compreensão, como hipótese de interpretação, e o texto a ser interpretado; a segunda, entre a norma e o sistema a que ela pertence; a terceira, finalmente, entre as normas, como fórmulas gerais e abstratas, e os fatos como dados singulares e concretos<sup>53</sup>.

A interpretação constitucional, como veremos, insere-se na concepção de sistema, uma vez que é sistemática. E, segundo o ilustre professor Inocêncio Mártires Coelho, a concepção de interpretação sistemática, que se constitui, na verdade, numa regra da interpretação jurídica em geral, bem como o princípio da unidade da Constituição, específico da interpretação constitucional, comprovam a pertinência da ideia do círculo hermenêutico no âmbito da experiência jurídica<sup>54</sup>.

Por todas essas razões, já podemos perceber a importância do papel do intérprete constitucional na construção, na criação e na desmistificação do ordenamento jurídico como um todo. Entendemos, assim, que essa atividade é, de fato, uma atividade criadora. Humberto Ávila diz que “interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir”<sup>55</sup>.

## **2.2 A concepção de ordenamento jurídico, norma fundamental e Constituição. Conceito e objeto da Constituição.**

A interpretação constitucional possui um caráter peculiar, sendo dotada de especificidades que a singularizam. Dentre essas especificidades, o predicado mais destacável do processo de interpretação, conforme indica Luís Roberto Barroso, é esse caráter de superioridade jurídica, ou seja, a supremacia da Constituição<sup>56</sup>.

O professor Inocêncio Mártires Coelho explica que Constituição e Norma Fundamental são conceitos distintos, embora entrelaçados. Tais ideias, segundo ele, influenciam “intimamente” a compreensão do ordenamento jurídico<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 39-44.

<sup>54</sup> COELHO, Inocêncio Martires. **A Dimensão Normativa da Interpretação Constitucional**. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/539/987>. Acesso em 23/06/2015.

<sup>55</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 33.

<sup>56</sup> BARROSO, Luís Roberto, 2008, p. 107.

<sup>57</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 1.

Para trabalharmos a interpretação constitucional, é preciso compreender que ela está inserida na ideia de sistema, isto é, ela não é assistemática; ao contrário, tem como paradigma a compreensão do ordenamento jurídico. Este, por sua vez, insere-se dentre os sistemas jurídicos do Ocidente<sup>58</sup>.

Assim, o estudo do direito constitucional e, por consequência, da interpretação constitucional não dispensa a análise de aspectos de historicidade e de direito comparado<sup>59</sup>.

O professor Inocêncio Mártires Coelho explica que, não obstante os múltiplos sentidos atribuídos à expressão “*norma fundamental*”, nesse contexto, seria “aquela norma que, numa determinada comunidade política, *unifica* e confere *validade* às normas jurídicas, as quais, em razão e a partir dela, se organizam e/ou se estruturam em *sistema*”<sup>60</sup>. E nas palavras de Bobbio: “devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma estrutura hierárquica”<sup>61</sup>.

Ao entendimento acima mencionado acrescenta-se a lição de Hans Kelsen<sup>62</sup>, segundo a qual essa norma situa-se na base do ordenamento jurídico e, por isso mesmo, há de ser pressuposta. Seria, portanto, “aquela norma (...) cuja validade não pode ser derivada de outra e cujo fundamento não pode ser posto em questão”<sup>63</sup>.

No entanto, a norma fundamental seria uma ficção, utilizada como “hipótese instrumental” para fundamentar “a validade da primeira Constituição” e, “a partir desta, a validade de todas as normas que integram o ordenamento jurídico”<sup>64</sup>.

Essa ficção, por consequência, serve de limitação de regresso ao infinito. Dessarte, Sebastián Soler acrescenta que assim como a norma fundamental limita o retrocesso fundante, todo sistema jurídico também autolimita o processo dedutivo, por meio da coisa julgada, desenhando, para si, uma estrutura fechada<sup>65</sup>.

---

<sup>58</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 1.

<sup>59</sup> Idem.

<sup>60</sup> Ibidem, p.1-2.

<sup>61</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 49.

<sup>62</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2 ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1962, v. 2, p.4.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>64</sup> Idem.

<sup>65</sup> SOLER, Sebastián. La interpretación de la Ley, Barcelona: Ariel, 1962, p. 95-96 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit, p. 2-3.

Desse modo, com fundamento nessa norma fundante temos a primeira Constituição e, nesta última, a coisa julgada, limitando o progresso ao infinito, ou seja, são os dois extremos limitadores da estrutura em que cria e se insere determinado ordenamento jurídico<sup>66</sup>.

Nesse contexto, a Constituição seria o supremo instrumento de organização política. Uma vez criada, passa a ser a norma fundamental do ordenamento jurídico. Ela constitui, institui e organiza o próprio sistema em que se insere. É a carta política de um povo, isto é, representa um processo de juridicização do fenômeno político ou das decisões políticas fundamentais<sup>67</sup>.

Pode haver, todavia, uma quebra na cadeia de sustentação do sistema. Neste caso, o processo de juridicização se repete, porém, a velha ordem, globalmente considerada, esvaecerá, já que a Constituição, como norma básica, terá sido trocada. Farão parte do “direito novo”, com fundamento de validade na nova Constituição, tanto as normas editadas pelo poder recém-constituído, quanto as normas positivadas com fundamento de validade na ordem anterior (mas que agora passam a ter novo fundamento), desde que “admitam *recepção* pelo sistema emergente ou leitura conforme a nova ordem estabelecida”<sup>68</sup>.

A recepção, por sua vez, configura um procedimento abreviado de criação jurídica. Assim, em consequência dessa ruptura, não apenas a Constituição, mas todo o ordenamento jurídico é modificado<sup>69</sup>.

Prosseguindo-se, compete apontar, com efeito, que a Constituição traça a estrutura da organização político-administrativa do Estado, a forma de governo, com seus poderes, programa socioeconômico, ideológico e as diretrizes básicas do sistema jurídico. Daí decorre a supremacia das normas constitucionais, com superioridade hierárquica em relação aos demais ramos do direito, evidenciando, assim, o princípio da compatibilidade vertical das normas jurídicas do ordenamento estatal, de modo que as normas de grau inferior somente

---

<sup>66</sup> SOLER, Sebastián. *La interpretación de la Ley*, Barcelona: Ariel, 1962, p. 95-96 apud MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit, p. 2-3.

<sup>67</sup> Idem.

<sup>68</sup> Idem.

<sup>69</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes/ed. UNB, 1990, p. 138.

terão validade se forem compatíveis com as normas constitucionais, que são, por óbvio, de grau superior<sup>70</sup>.

A Constituição ocupa, por conseguinte, na sistemática jurídica contemporânea, lugar de destaque, desponta a orientação geral das estruturas jurídicas, estabelece o significado e alcance das instituições jurídicas e delimita, em última análise, os problemas do direito positivo. Logo, é preciso encarar a Constituição como um instrumento que vai além da conformação formal do poder ou de um conjunto normativo com hierarquia superior, verdadeira regra-matriz de um dado ordenamento jurídico<sup>71</sup>.

Por seu turno, ensina o professor Inocêncio Mártires Coelho que os conceitos e o objeto da Constituição estão condicionados, até certo ponto, a uma concepção prévia do que pensamos que seja ou deva ser ou do que contém ou deva conter uma Constituição<sup>72</sup>.

Destarte, seria necessário tentar distinguir os pré-juízos legítimos dos ilegítimos, os falsos dos verdadeiros de forma a alcançar uma compreensão constitucionalmente adequada. A teoria da Constituição auxiliar-nos-ia no processo de racionalização e controle da pré-compreensão constitucional<sup>73</sup>.

Como objeto ou conteúdo da Constituição, ela pode ser uma “lei do Estado” apenas ou, ainda, um “estatuto jurídico do fenômeno político” como um todo (um “plano normativo global que cuide do Estado e de toda a sociedade”) <sup>74</sup>.

Trata-se de uma decisão preliminar, quanto à natureza e à função de uma lei constitucional, que permite se verifique o intuito do Constituinte, a fórmula política que se materializou na Constituição e condicionará a sua realização. Nisto consiste a teoria da Constituição, onde principia toda a compreensão constitucional <sup>75</sup>.

Cumpra observar a inexistência de um conceito dominante de Constituição. Conforme destaca Inocêncio Mártires Coelho, Canotilho defende, em contraposição ao

---

<sup>70</sup> ANDRADE, Christiano José de. **Hermenêutica Jurídica no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 217.

<sup>71</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras – Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42-43.

<sup>72</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit, p. 4.

<sup>73</sup> Idem.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>75</sup> Idem.

conceito elaborado por Ernst Fortsthoff, como garantia do *status quo* econômico e social, que a Constituição em sentido material, não deve ser neutra do ponto de vista valorativo, mas, ao contrário, deve ser democrática e social<sup>76</sup>.

Para Hennis, também citado na obra de Inocêncio Mártires Coelho, a Constituição é uma lei processual, que estabelece competências e define limites para a ação política, como que uma ordem fundamental do Estado, inobstante, ressalta Mártires Coelho, a Constituição não deve ser excessivamente *processual* ou *formal*, porque não corresponde às necessidades da prática política e pode, eventualmente, se converter em ordem de domínio dos agentes de uma certa ideologia<sup>77</sup>.

De acordo com os ensinamentos de Peter Häberle, igualmente referido por Mártires Coelho, a Constituição é entendida como ordem jurídica e fundamental do Estado e da sociedade, mas deve ser também uma Constituição aberta, de uma sociedade aberta e verdadeiramente democrática. Consequentemente, embora necessária, a Constituição é também fragmentária, indeterminada e carecida de interpretação e, portanto, a verdadeira Constituição será o resultado sempre temporário e historicamente condicionado de um processo de interpretação conduzido *à luz da publicidade*<sup>78</sup>.

Essa concepção, ou seja, a de Constituição como um processo público de interpretação, é muito importante para o nosso estudo. Se entendermos assim, podemos dizer que não só os poderes constituintes originário e derivado, mas, também, o Judiciário e todos os demais participantes da sociedade aberta de intérpretes desenvolvem ou contribuem para a atividade criativa normatizante e fundamento de validade de todas as demais normas do ordenamento jurídico.

Não obstante, é preciso cautela. O professor Inocêncio Mártires Coelho ressalta o posicionamento de Peter Häberle no sentido de que essa concepção processualista de Constituição não pode chegar ao ponto de dissolver a normatividade constitucional numa *dinâmica absoluta* e retirar da Lei Fundamental uma de suas mais importantes dimensões,

---

<sup>76</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit, p. 6.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>78</sup> Idem.

qual seja, a de funcionar de instrumento ordenador, conformador e estabilizador da vida social<sup>79</sup>.

Gomes Canotilho, que aprecia as ideias de Peter Häberle, também opõe semelhante ressalva. Segundo ele, a referida abertura e pluralismo podem induzir, na verdade, à dissolução da normatividade constitucional na política e na interpretação. Não se pode dizer que a legislação constituinte e a interpretação constitucional sejam a mesma coisa, embora se tenha uma atividade criativa nesta última, porque ela deve sempre respeitar os parâmetros do legislador constituinte originário, não obstante a Constituição não seja uma obra pronta e acabada, dependendo, ainda, da atividade criativa do intérprete constitucional<sup>80</sup>.

O intérprete constitucional desenvolve um processo abreviado de criação, como uma alternativa à desgastante atividade do poder constituinte derivado. Com a sua atividade criadora evita o engessamento do sistema, ao mesmo tempo em que mantém a rigidez constitucional. A sua atividade é essencial; ele é parte integrante do ordenamento jurídico e sua atuação é necessariamente criativa, e, por conseqüência, a criatividade do intérprete aplicador é irrenunciável.

Temos que a atividade do intérprete deve, de fato, ser criativa. Como dissemos, tal característica é irrenunciável, uma vez que interpretar é impossível sem que haja criação. Porém, essa atividade criativa, ainda (e como deve ser) que aberta e pluralista, sofre limitações, sejam elas de ordem jurídica, sejam de ordem sócio-política.

A concretização constitucional é controlada pela própria vivência da Constituição. Repetimos que não há conceito dominante do que seja uma constituição, tampouco, podemos afirmar, definitivo. A tentativa de se obter um conceito definitivo de constituição seria uma pretensão equivocada, pois se trata de um conceito em constante transfiguração.

---

<sup>79</sup>COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 137, p. 157-164, jan/mar. 1998.

<sup>80</sup>CANOTILHO, J.J.Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Ed., 1982, p. 476, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 8.

Não obstante, há um núcleo essencial que também poderá se transformar ao longo da história. Norberto Bobbio já dizia que os novos direitos não passam, na verdade, de núcleo essencial de direitos. Desse núcleo, é destacada a ideia reitora que irá se concretizar<sup>81</sup>.

A Constituição insere-se nesse contexto e precisa ser interpretada porque traz, em seu bojo, um conjunto de cláusulas gerais que precisa ser concretizado e, porque gerais, podem se transfigurar a todo momento. Essas cláusulas gerais são verdadeiros mandados de otimização.

A Constituição, portanto, é um “ser” e um constante “dever ser”. E, por isso, o seu objeto está, de certa forma, nas mãos do intérprete aplicador, que, como veremos, encontra legitimidade na própria vivência da Constituição, uma vez que a interpretação constitucional é principiológica e precisa do intérprete para revelar seu sentido. Este, por sua vez, o faz através de valores.

Não podemos deixar de mencionar, de acordo com o ministério de Inocêncio Mártires Coelho, a teoria constitucional de George Burdeau, que enuncia que a Constituição é o estatuto do poder. Essa concepção entrelaça a ideia de Constituição e Estado de Direito e legitima o poder soberano, reduzindo o papel dos governantes a meros prepostos da sociedade política, de modo que o exercício do poder é “juridicizado”, ou seja, sofre um processo de racionalização pela lei básica estruturante do Estado de Direito<sup>82</sup>.

Já Konrad Hesse, segundo o professor Inocêncio Mártires Coelho, tão somente descreveu e integrou os diferentes ângulos a partir dos quais seria possível a obtenção de um conceito de Constituição, sem o desenvolvimento de uma teoria constitucional própria<sup>83</sup>, o que não significa sejam menos relevantes os seus ensinamentos.

Para Hesse, a Constituição assenta “a ordem jurídica fundamental de uma comunidade ou o plano estrutural para a conformação jurídica de uma comunidade, segundo certos princípios fundamentais”<sup>84</sup> e essa tarefa, somente se viabiliza porque a Lei Fundamental:

---

<sup>81</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 4. Reimpressão, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992, p. 62-63.

<sup>82</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 9-10.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>84</sup> Ibidem, p.11

fixa os princípios diretores segundo os quais se deve formar a unidade política e desenvolver as tarefas estatais; define os procedimentos para a solução dos conflitos no interior da comunidade; disciplina a organização e o processo de formação da unidade política e da atuação estatal; e cria as bases e determina os princípios da ordem jurídica global<sup>85</sup>.

Nesse contexto, se tivermos essa noção da Lei Fundamental, será possível compreender a atividade necessária e legítima do intérprete constitucional, descartando, desde logo, a possibilidade de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Há, ainda, outras doutrinas sobre o conceito e o objeto da Constituição. Citemos, por fim, a concepção de Lassalle “para quem a verdadeira Constituição de um país é a soma dos *fatores reais de poder* que regem a vida política”<sup>86</sup>.

Compete advertir, conforme ensina o professor Inocêncio Mártires Coelho, que não é possível formular “um conceito genérico e abstrato” capaz de abranger a “totalidade” ou “a maioria das cartas políticas que se tem conhecimento”, pois, para se obter tamanha amplitude, o referido conceito “acabaria necessariamente esvaziado em seu conteúdo”. E, ao contrário, se “ficasse demasiadamente preso a uma só e mesma experiência constitucional”, seria denso, mas não serviria como conceito, já que referente a um objeto apenas<sup>87</sup>.

Convém citar, na integralidade, o seguinte trecho da obra do professor Inocêncio Mártires Coelho:

Por isso, a moderna doutrina constitucional, no ponto, insiste em afirmar que a teoria da Constituição, para ser útil à metodologia geral do direito constitucional, deve revelar-se como uma *teoria da Constituição constitucionalmente adequada*, o que só se conseguirá explorando, corretamente, um novo *círculo hermenêutico*, consistente na interação e na interdependência entre *teoria da Constituição* e *experiência constitucional*. A primeira, favorecendo a descoberta ou investigação das concretas soluções jurídico-constitucionais; a segunda, fornecendo o material empírico indispensável para dar consistência à teoria constitucional<sup>88</sup>.

Resta destacar que a Constituição é um documento, essencialmente, político, porque resulta de um poder político fundamental, o poder constituinte originário. Esse poder tem as características de ser revolucionário, quanto à origem histórica, e político, na sua essência. Porém, ensina Luís Roberto Barroso, a Constituição incorpora a tentativa de

---

<sup>85</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 11.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 11-12.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>88</sup> Idem.

transfiguração do poder político em poder jurídico, de modo que “seu objeto é um esforço de juridicização do fenômeno político”<sup>89</sup>.

A despeito dessa tentativa, o autor ressalta que a jurisdição constitucional, por mais que se alinhe ao direito e ao tecnicismo, não consegue se afastar da sua dimensão política e assim:

não se pode pretender objetividade plena ou total distanciamento das paixões em um domínio onde se cuida da partilha do poder em nível horizontal e vertical e onde se distribuem competências de governo, administrativas, tributárias, além da completa delimitação dos direitos dos cidadãos e suas relações entre si e com o Poder Público<sup>90</sup>.

Portanto, não haveria como “neutralizar inteiramente a interferência de fatores políticos na interpretação constitucional”<sup>91</sup>, devendo o intérprete constitucional caminhar na busca de uma racionalidade possível, porque, apesar disso, a interpretação constitucional é uma tarefa jurídica<sup>92</sup>.

### **2.3 A interpretação constitucional**

Segundo Luís Roberto Barroso, a interpretação constitucional não se desenvolve como um fenômeno monolítico; ao contrário, é uma atividade fundamentalmente plural, que comporta ênfase em diferentes aspectos, quais sejam: (i) o aspecto do sistema, numa perspectiva de análise científica; a expressão “sistema” é utilizada para designar o conjunto de normas, princípios e conceitos intrínsecos ao processo interpretativo; (ii) o aspecto do objeto, isto é, ênfase para os casos concretos, os problemas, as dificuldades que devem ser solucionadas pela interpretação da norma; (iii) o aspecto do sujeito da interpretação, ou seja, o papel que ele desempenha nessa atividade, convergindo-se para os valores e a ideologia do intérprete e sua repercussão no produto de seu trabalho <sup>93</sup>.

Enfocaremos, neste trabalho, a este último aspecto, uma vez que pretendemos, justamente, desvendar a natureza dessa atividade; não esqueceremos, entretanto, de abordar os demais aspectos, já que também são necessários à compreensão da atividade interpretativa.

---

<sup>89</sup> BARROSO, Luís Roberto, 2008, 111.

<sup>90</sup> Idem.

<sup>91</sup> Ibidem, p. 112.

<sup>92</sup> HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional, 1983, p. XVIII-XIX (a referência consta da introdução inscrita por Pedro Cruz Villalón) apud BARROSO, Luís Roberto, 2008, p. 112.

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Roberto, 2008, p. 4.

Sobre a interpretação constitucional, Canotilho expõe:

Interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada. Sugerem-se aqui três dimensões importantes da interpretação da constituição: (1) interpretar a constituição significa procurar o direito contido nas normas constitucionais; (2) investigar o direito contido na lei constitucional implica uma *actividade* – actividade complexa – que se traduz fundamentalmente na ‘adscrição’ de um significado ou enunciado ou disposição lingüística (‘texto da norma’); (3) o *produto* do acto de interpretar é o significado atribuído<sup>94</sup>.

De mais a mais, a norma constitucional impõe-se à realidade social e de outro lado a estrutura social exerce grande influência sobre a norma. Tal estrutura tem carácter dinâmico, logo a Constituição deve ser interpretada em concordância com a realidade sobre a qual ela se impõe<sup>95</sup>.

Luís Roberto Barroso observa que “o exame do caso brasileiro revela existirem amplas e generosas possibilidades exegéticas no texto constitucional em vigor”<sup>96</sup>. Conforme mencionamos anteriormente, na interpretação constitucional, além de compreender as ideias de hermenêutica jurídica, interpretação e aplicação da norma, é preciso analisar a ideia de construção.

O autor explica que a Constituição contém preponderantemente normas de princípios ou esquema, com amplo carácter de abstracção, para que possa contemplar situações que não estão expressamente indicadas ou detalhadas no texto<sup>97</sup>.

Por isso mesmo, faz-se relevante a ideia de construção, já que, pela interpretação, se encontrará o real sentido de qualquer expressão, mas, pela construção, será possível obter conclusões sobre matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores neste considerados. Assim, conforme Barroso, são conclusões que se alcançam no espírito, embora não na letra da norma. Enquanto a interpretação se limita à exploração do texto, a

---

<sup>94</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1200-1201.

<sup>95</sup> CARVALHO, Marcia Haydée Porto. **Hermenêutica Constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação**. Florianópolis: Obra jurídica, 1997, p.56.

<sup>96</sup> BARROSO, Luís Roberto, 2008, p. 6.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 104.

construção atinge mais do que isso, pois é capaz de ir além e permitir que se recorra a considerações extrínsecas<sup>98</sup>.

Essa ideia de construção demonstra que a interpretação constitucional apresenta especificidades e, assim, possui princípios próprios. Porém, segundo Luís Roberto Barroso, “isso não a retira do âmbito da interpretação geral do direito, de cuja natureza e característica partilha”<sup>99</sup>.

A interpretação constitucional tem como objeto “a determinação dos significados das normas que integram a Constituição formal e material do Estado”<sup>100</sup>. Nessa seara, Luís Roberto Barroso explica que ela pode se apresentar sob duas modalidades:

a) a aplicação direta da norma constitucional, para reger uma situação jurídica – por exemplo: a aposentadoria de um funcionário, o reconhecimento de uma imunidade tributária, a realização de um plebiscito sobre a fusão de dois estados etc; b) ou a de uma operação de controle de constitucionalidade, em que se verifica a compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição. No primeiro caso, a norma constitucional incide como qualquer outra, e, se for instituidora de um direito subjetivo, ensejará a tutela judicial, caso não seja cumprida espontaneamente. No segundo, a norma não vai reger qualquer situação individual, não vai ser aplicada a qualquer caso concreto, funcionando como mero paradigma em face do qual se vai aferir a validade formal e material de uma lei inferior<sup>101</sup>.

Em regra, atribui-se, à interpretação constitucional a função de aplicar o texto constitucional. Nessa toada quem é chamado a aplicar a norma constitucional deve forçosamente interpretá-la, já que a aplicação da norma exige sua prévia interpretação - momento essencial e pressuposto indispensável para a aplicação – visto que por interpretação se entende o processo lógico mediante o qual se assinala e se põe em evidência o conteúdo da disposição legal ou constitucional<sup>102</sup>

Por sua vez, Christiano José de Andrade alega que a interpretação faz a ordem jurídica cumprir seu papel, tornando o direito operativo, assim:

Como uma operação de esclarecimento do texto normativo, a interpretação aumenta a eficácia retórica ou comunicativa do direito, que é uma linguagem

---

<sup>98</sup> BARROSO, Luís Roberto, 2008, p. 104.

<sup>99</sup> Idem.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 106.

<sup>101</sup> Idem.

<sup>102</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 24.

do poder e de controle social. E dependendo da técnica adotada, a interpretação pode exercer uma função estabilizadora ou renovadora e atualizadora da ordem jurídica, já que o direito pode ser visto como uma inteligente combinação de estabilidade e movimento, não recusando as mutações sociais.<sup>103</sup>

Enfim, por conta daquelas especificidades a que nos referimos, a norma constitucional exigirá uma apreciação separada do sistema, porquanto apresenta peculiaridades que a tornam singular, como, por exemplo, a superioridade hierárquica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e o caráter político<sup>104</sup>.

Pode-se dizer que a supremacia da Constituição é a nota mais essencial do processo de interpretação constitucional. Isso porque ela confere à Constituição “o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravir seu sentido”<sup>105</sup>.

Corroborando o entendimento acima esposado, Celso Ribeiro Bastos leciona:

Sendo a Constituição o fundamento da validade de todas as demais leis, a determinação do significado de uma de suas normas poderá importar no afastamento de uma regra infra-constitucional então vigente, mas que se torna incompatível com a norma constitucional da forma por que passa a ser compreendida<sup>106</sup>.

No que tange à linguagem, esta é carregada de princípios, que apresentam alto grau de abstração e menor densidade jurídica, o que confere ao intérprete “um significativo espaço de discricionariedade”<sup>107</sup>.

Ademais, a Constituição, conforme dissemos, tem um caráter essencialmente político, o que enseja uma influência política na interpretação constitucional. A despeito dessa influência política, o intérprete deverá buscar a maior racionalidade possível, de forma que o resultado da interpretação observe os “cânones de racionalidade, objetividade e motivação exigíveis das decisões proferidas pelo Poder Judiciário”<sup>108</sup>.

---

<sup>103</sup> ANDRADE, Christiano José de. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 18.

<sup>104</sup> BARROSO, Luís Roberto, 2008, p. 107.

<sup>105</sup> Idem.

<sup>106</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 53.

<sup>107</sup> BARROSO, Luís Roberto, 2008, p. 107-108.

<sup>108</sup> Ibidem, p. 112.

Também, por conta do caráter político que aflige a Constituição, a Corte Constitucional deve sempre pesar as consequências políticas de suas decisões, embora somente possa atuar dentro dos limites e das possibilidades abertas pelo ordenamento, uma vez que contra o direito, o juiz não pode jamais decidir e, em caso de conflito entre o direito e a política, o juiz está sempre vinculado ao direito<sup>109</sup>.

Essa perspectiva da interpretação constitucional, em que se defende a ideia criadora do intérprete, deve ser pensada em razão do novo constitucionalismo proposto por J. J. Canotilho, como novos desenhos para as instituições políticas, o que obriga “ao repensamento dos problemas de direito constitucional”<sup>110</sup>. Recorre-se, assim, à teoria e à dogmática constitucionais. Segundo o autor:

A *dogmática constitucional* procura auxiliar o jurista constitucional, fornecendo-lhe esquemas de trabalho, regras técnicas, modos de argumentação e de raciocínio indispensáveis à ‘solução’ ou ‘decisão’, justa e fundamentada, dos ‘casos’ ou ‘problemas’ jurídico constitucionais. A *teoria* visa proporcionar uma reflexão sobre o modo e a forma como o direito constitucional e a ciência do direito constitucional compreendem o seu objeto de estudo e cumprem as respectivas tarefas no plano pedagógico e científico<sup>111</sup>.

Apesar disso, ele alerta que é preciso desenvolver um direito “bem pesado”, não dissolvido nem nas pressões utilitaristas de um direito descartável nem nas nebulosas abstractas das teorias que esquecem o lugar das coisas e o mundo dos homens.”<sup>112</sup>.

Ante tudo o aqui patenteado mostra-se pertinente afirmar-se, talvez de forma simplista, que a principal finalidade da interpretação constitucional é a consecução da vontade constitucional, isto é, a aplicação da norma inscrita na Constituição ao caso concreto.

### **2.3.1 Métodos e princípios de interpretação constitucional**

Os métodos clássicos ou tradicionais de interpretação jurídica são creditados à Savigny, fundador da Escola Histórica de Direito, que classificou os métodos em: gramatical, histórico, sistemático e teleológico<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> BARROSO, Luís Roberto, 2008, p. 112.

<sup>110</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 17.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>112</sup> Idem.

Em brevíssimos termos, podemos os conceituar os métodos tradicionais da seguinte forma, pois:

O método gramatical apoia-se “na ideia ou crença básica de que as palavras têm um sentido unívoco, que o intérprete deve descobrir e sistematizar; ele busca o significado literal das palavras que são interpretadas isoladamente ou no contexto da oração (...)”<sup>114</sup>. Isto é, “o espírito ou o sentido da Constituição devem ser extraídos primacialmente da letra constitucional”<sup>115</sup>.

Já o método ou interpretação histórica busca a vontade que as palavras revelavam no momento que o legislador as criou. Segundo o grande mestre Paulo BONAVIDES:

(...) o método traça toda a história da proposição legislativa, desce no tempo a investigar a ambiência em que se originou a lei, procura enfim encontrar o legislador histórico, a saber, as pessoas que realmente participaram na elaboração da lei, trazendo à luz os intervenientes fatores políticos, econômicos e sociais, configurativos da *occasio legis*.<sup>116</sup>

A interpretação ou método sistemático, por sua vez, funda-se na ideia de unidade do ordenamento jurídico constitucional e por meio dela o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. Ela parte da percepção “de que o direito é ordenado, e que suas diversas normas formam um sistema cujos elementos podem ser interpretados de acordo com o contexto em que são inseridos”<sup>117</sup>.

Finalmente, o método ou interpretação teleológica busca descobrir a finalidade da norma constitucional, no intuito de atingir os valores a que se dispõe. É o método interpretativo que procura desvelar o fim da norma, o valor ou o bem jurídico visado pelo ordenamento jurídico com a edição de determinado preceito<sup>118</sup>.

No entanto, todos esses métodos tradicionais de interpretação não podem ser utilizados separadamente como métodos autônomos, já que no processo de concretização eles

<sup>113</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 290.

<sup>114</sup> ANDRADE, Christiano José de, 1992, p. 30.

<sup>115</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, op, cit, p. 36.

<sup>116</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 7 ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1997, p. 406

<sup>117</sup> PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 80.

<sup>118</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 129-130.

se complementam e se reforçam reciprocamente, refletindo a extrema complexidade do trabalho hermenêutico<sup>119</sup>.

De certo, tais métodos pretenderam – embasados nas concepções do positivismo jurídico – buscar formalmente a vontade da lei ou do legislador, sem permitir ao intérprete qualquer função construtiva da norma. Ao intérprete não caberia construir o sentido da lei, mas tão somente aplicá-la.

Destarte, o manejo dos métodos tradicionais de interpretação não toleravam a flexibilização, a adaptação do sentido das normas mesmo que para compatibilizá-las ao Texto Constitucional vigente. Exatamente por esse fato restaram formuladas novas e modernas técnicas de interpretação constitucional que, desapegadas dos conceitos estritamente positivistas puderam, doravante, preservar normas jurídicas que, caso interpretadas com formalismos exacerbados, seriam fatalmente fulminadas de inconstitucionalidade.

Nessa esteira evolutiva e considerada a legitimidade da *judicial review* e das Cortes Constitucionais, como supratribunais, isto é, Cortes que não se integram ao Poder Judiciário, e servem de controle aos demais poderes e, por isso, a eles não podem se igualar, devendo estar acima deles para impor suas decisões - que têm, mais que jurídico, um caráter político – surge a discussão acerca de maneira de garantir a racionalidade dessas decisões, para que – não obstante, a pré-compreensão do intérprete, isto é, sua experiência de vida e seus pré-juízos – não sejam carregadas de um extremo voluntarismo.

A partir daí, explica o professor Inocêncio Mártires Coelho, a doutrina e a jurisprudência desenvolvem um conjunto de métodos, sob o fundamento de premissas filosóficas, metodológicas, epistemológicas diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares, que denomina de interpretação constitucional, justamente com o fim de tentar diminuir a um mínimo democraticamente aceitável, tolerável aquele *resíduo incômodo* de voluntarismo e irracionalidade presente em toda decisão judicial, especialmente nos veredictos dos órgãos da jurisdição constitucional. A tentativa é válida, mas, conforme

---

<sup>119</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 70.

ressalta o ilustre professor, a atividade hermenêutica é tanto mais *engenhosa* quanto menos precisos e mais abertos forem os enunciados objetos da interpretação<sup>120</sup>.

Assim, não há propriamente um método de interpretação constitucional que se possa dizer ideal “numa teoria da Constituição que tenha como ponto de partida a Constituição mesma e como objetivo a *realização* dos seus preceitos”<sup>121</sup>

Não podemos esquecer que a atividade jurisdicional e, por conseguinte, as decisões sobre os conflitos vieram antes, logicamente, à criação dos métodos e princípios de interpretação constitucional. Trata-se de algo posterior à atividade de julgar. A primeira autoridade que arbitrou conflitos não se utilizou de um método propriamente dito, pois não havia uma teoria de hermenêutica ou, ainda, de interpretação, mas somente seu próprio critério de justiça axiologicamente ligado a sua época. Portanto, primeiro, o intérprete decide e, somente após, verifica o método. De início, ele não tem consciência do método que utiliza, mas, apenas depois que decide, verifica o método e reconstrói, de forma fundamentada, o que utilizou para decidir. Daí que a pré-compreensão do intérprete não pode ser ignorada quando da interpretação constitucional<sup>122</sup>.

Canotilho menciona o “contexto teórico-político” do surgimento dos vários métodos de interpretação constitucional. Ocorreram, nos Estados Unidos da América, discussões acerca dos problemas da interpretação constitucional. Com efeito, havia duas direções sobre o tema: a corrente interpretativista (*interpretivism*) e a corrente não-interpretativista (*non interpretativism*)<sup>123</sup>.

A primeira defende que os juízes devem apenas “captar o sentido dos preceitos expressos na constituição, ou, pelo menos, nela claramente implícitos”. No entanto, não se confunde com o literalismo, mas, “aponta como limites de competência interpretativa a textura semântica e a vontade do legislador”, em decorrência do princípio democrático, segundo o qual o judiciário “não deve substituir a decisão política legislativa da maioria democrática”. Significa dizer: “o papel da *rule of law* não pode transmutar-se ou ser

---

<sup>120</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam. In: **DIREITO PÚBLICO**, ano I, n. 5, p. 31-35, jul./ago./set. 2004.

<sup>121</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p.102

<sup>122</sup> Ibidem, p. 103-106.

<sup>123</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes, 2003, p. 1195.

substituída pela *law of judges*”. São dois limites ao controle judicial dos atos legislativos: a constituição escrita e a vontade do poder político democrático<sup>124</sup>. Assim:

A constituição, na sua qualidade de *supreme Law of the Land*, constitui e limita o poder político estatal, que, desta forma, não é um poder incondicionado mas um poder constitucionalmente conformado. De qualquer forma, o *poder político democrático* é o valor fundamental da constituição, pelo que o poder de fiscalização dos actos do legislativo pelo judicial deve ser sempre considerado um mecanismo excepcional. Consequentemente, o controlo judicial em relação a decisões de órgãos politicamente responsáveis só é admissível (e possível) quando o texto, o elemento genético da interpretação (vontade dos pais fundadores) e a delimitação constitucional de competências permitam deduzir uma regra clara que sirva de parâmetro seguro ao juízo de constitucionalidade. No caso de não ser possível deduzir uma regra jurídica, a competência *decisória* e *decisiva* para a disciplina jurídica dos problemas pertence aos órgãos democraticamente eleitos (e também democraticamente substituídos) por sufrágio<sup>125</sup>.

A corrente não interpretativista defende, em geral, “a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem valores e princípios substantivos – princípios da liberdade e da justiça – contra actos da responsabilidade do legislativo” que não estejam conformes a constituição. A constituição teria, assim, um sentido substancial<sup>126</sup>, de modo que o intérprete pode verificar a presença dos *substantive values*, quais sejam, a justiça, a igualdade e a liberdade, ao invés de se prender, exclusivamente, ao princípio democrático, “a fim de permitir aos juízes uma competência interpretativa”<sup>127</sup>.

Segundo o pensamento de Ronald Dworkin, o intérprete terá alguns pontos de partida, quais sejam:

(1) a *soberania da constituição*, pois o direito da maioria é limitado pela constituição, quer quando existem regras constitucionais específicas (como exigem os interpretativistas) quer quando as formulações constitucionais se nos apresentam sob a forma de standards (conceitos vagos); (2) a *objectividade interpretativa* não é perturbada pelo facto de os juízes recorrerem aos princípios da justiça, da liberdade e da igualdade, ou até a outros conceitos (religião, liberdade de imprensa) ancorados num determinado *ethos* social, pois a interpretação da *constituição* faz-se sempre tendo em conta o texto, a história, os precedentes, as regras de procedimento, as normas de competência que, globalmente considerados, permitem uma actividade interpretativa dotada de tendencial objectividade; (3) de resto, a interpretação substancial da constituição deve perspectivar-se em moldes diferentes dos proclamados pelas teorias interpretativistas: o *direito* não é apenas o conteúdo de regras jurídicas concretas, é também formado

<sup>124</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes, 2003, p. 1195

<sup>125</sup> Ibidem, p. 1196.

<sup>126</sup> Um dos autores mais representativos dessa ideia é Ronald Dworkin. Ibidem, p. 1196.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 1196.

constitutivamente por *princípios jurídicos abertos* como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade. A mediação judicial concretizadora destes princípios é uma tarefa indeclinável dos juízes<sup>128</sup> (sublinhamos).

Percebe-se, portanto, que essas correntes possuem “pré-compreensões substancialmente diversas de democracia, direito, maiorias/minorias, teorias morais”. Como vimos, os não interpretativistas propugnam por “uma constituição concebida como projecto de ordenação inteligível e susceptível de consenso, dirigida ao futuro, formada por regras concretas e princípios abertos e valorativos, dotada de lacunas e incompletudes” que precisa de um “processo de argumentação principal e objectivante, juridicamente concretizador, a cargo de uma instância jurisdicional”<sup>129</sup>. Com efeito, os não interpretativistas criam as bases para a defesa de uma atuação criadora do intérprete constitucional, já que entendem a constituição como um “sistema aberto de regras/princípios/procedimento”<sup>130</sup>.

Fixadas as premissas e conceitos acima aduzidos, insta salientar que os modernos métodos de interpretação constitucional adotados neste trabalho serão aqueles indicados por Canotilho<sup>131</sup> e pelo professor Inocêncio Mártires Coelho, quais sejam: jurídico ou hermenêutico-clássico, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual, normativo-estruturante, e da comparação constitucional<sup>132</sup>.

O método jurídico ou hermenêutico-clássico parte da a premissa de que a Constituição é uma lei, devendo ser interpretada como tal, devendo o intérprete fazer uso dos elementos tradicionais ou clássicos da hermenêutica jurídica, que remontam à Escola Histórica do Direito de Savigny, de 1840: a) gramatical (ou literal); b) histórico; c) sistemático (ou lógico); d) teleológico (ou racional); e e) genético<sup>133</sup>.

Baseia-se na ideia de verdade como conformidade e na crença de que toda norma possui um sentido em si, seja aquele que o legislador pretendeu atribuir-lhe, seja o que, acabou emergindo do texto, mesmo que à sua revelia. Desta feita, a tarefa do intérprete, na condição de aplicador do direito seria descobrir o verdadeiro significado das normas e guiar-se por ele na sua aplicação.<sup>134</sup>

<sup>128</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes, 2003, p. 1197.

<sup>129</sup> Idem.

<sup>130</sup> Ibidem, p. 1198.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 1210-1213.

<sup>132</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82-94.

<sup>133</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Bahia: Juspodivm, 2010, p. 215-220.

<sup>134</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 94.

Por seu turno o método tópico-problemático assenta que interpretação deve partir da discussão do problema concreto que se pretende resolver para, só ao final, se identificar a norma adequada. Parte-se do problema (caso concreto) para a norma, fazendo caminho inverso dos métodos tradicionais, que buscam a solução do caso a partir da norma<sup>135</sup>. Dessarte, o caráter prático da interpretação constitucional, levando-se em consideração a estrutura normativa aberta, fragmentária e indeterminada da Constituição, impõe que seja dada preferência à discussão dos problemas ao invés de se privilegiar o sistema.

Para Uadi Lammêgo BULOS:

A tópica é, assim, uma técnica aberta de pensar por problemas, podendo servir de recurso interpretativo das normas jurídicas, estabelecendo uma forma de raciocínio, que procede por questionamentos sucessivos, em torno de uma relação pergunta-resposta. Assim quando os meios convencionais para a resolução das questões concretas da vida forem insuficientes, o intérprete poderá valer-se dos topoi, isto é, de pontos de vista que facilitam e orientam a sua argumentação.<sup>136</sup>

Já o Método hermenêutico-concretizador surge da ideia de que a leitura do texto, em geral, e da Constituição, deve se iniciar pela pré-compreensão do seu sentido por meio de uma atividade criativa do intérprete. Ao contrário do método tópico-problemático, que pressupõe o primado do problema sobre a norma, o método concretista admite o primado da norma constitucional sobre o problema. Tal método considera a interpretação constitucional como uma atividade de concretização da Constituição, circunstância que permite ao intérprete determinar o próprio conteúdo material da norma<sup>137</sup>.

O método científico-espiritual, dando sequência, propõe que a interpretação constitucional deve considerar a compreensão da Constituição como uma ordem de valores e como elemento do processo de integração. Por conseguinte, a interpretação deve aprofundar-se na pesquisa do conteúdo axiológico subjacente ao texto, pois só o recurso à ordem de valores obriga a uma captação espiritual desse conteúdo axiológico último da Constituição.

O professor Bonavides, acerca do método sob exame, pontua que o intérprete da constituição “deve prender-se sempre à realidade da vida, à "concretude" da existência,

---

<sup>135</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit, p. 215-220.

<sup>136</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 28

<sup>137</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit, p. 215-220.

compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração”<sup>138</sup>.

O método normativo-estruturante parte da premissa de que existe uma relação necessária entre o texto e a realidade. Idealizado por Friederich Müller, que defendia que o texto é somente a ponta do iceberg, não compreendendo a norma tão somente o texto, como também um pedaço da realidade social. É um método também concretista, diferenciando-se dele, porém, na medida em que a norma a ser concretizada não está inteiramente no texto, sendo o resultado entre este e a realidade<sup>139</sup>.

Logo, o conteúdo da norma só estará completo com a interpretação que, no entanto, não pode realizar-se apenas com as pretensões contidas nas normas – ainda mais porque o texto constitucional aparece com conteúdos genéricos e indeterminados –, é preciso também levar em consideração as peculiaridades das relações concretas que essa norma pretende regular.

Por fim, o método da comparação constitucional oferece a comparação entre os diversos textos constitucionais visando a descoberta de pontos de divergência e convergência. Pode ter sua utilidade na formação de um complexo de informações capazes de atuar na pré-compreensão ou intuições pessoais inerentes a cada intérprete<sup>140</sup>.

Referindo-se aos quatro métodos ou elementos desenvolvidos por Savigny – gramatical, lógico, histórico e sistemático – Peter Häberle proclama a “canonização” da comparatística como o quinto método de interpretação, se não para o direito, em geral, ao menos e potencialmente para a compreensão do moderno Estado constitucional, cuja geografia jurídica requer instrumentos de análise significativamente distintos dos métodos clássicos de interpretação<sup>141</sup>.

Para arrematar, dignas de registro são as conclusões de Inocêncio Mártires Coelho acerca da efetiva colocação do método ora sob análise na condição de método autônomo de interpretação constitucional:

---

<sup>138</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 1994, pág. 437.

<sup>139</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit, p. 215-220.

<sup>140</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997, pag. 2.

<sup>141</sup> HABERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. México: UNAM, 2001, pág. 164. Apud COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam. In: DIREITO PÚBLICO, ano I, n. 5, p. 31-35, jul./ago./set. 2004.

Apesar das virtualidades dessa proposta hermenêutica e da indiscutível fecundidade de que se reveste o comparatismo para a compreensão das normas e dos sistemas jurídicos em geral, mesmo assim nos parece forçado considerar essa ordem de estudos como critério autônomo de interpretação constitucional. Afinal de contas, mesmo em sede constitucional, o direito comparado, essencialmente, é apenas um processo de busca e constatação de pontos comuns ou divergentes, entre distintos sistemas jurídicos, a ser utilizado pelo intérprete como um recurso a mais para aprimorar o trabalho hermenêutico<sup>142</sup>.

No que tange aos princípios ou postulados de interpretação constitucional podemos afirmar, simploriamente, que estes objetivam permitir ao intérprete o entendimento, significado e alcance das normas constitucionais.

Detalharemos, por seguro, no próximo tópico as considerações e conceitos pertinentes a tais postulados.

Luis Roberto Barroso indica como princípios de interpretação constitucional os seguintes: princípio da supremacia da Constituição, princípio de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, princípio da interpretação conforme a Constituição, princípio da unidade da Constituição, princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, princípio da efetividade<sup>143</sup>.

Canotilho, por sua vez, aponta os seguintes princípios: da unidade da Constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da justeza ou da conformidade funcional, da concordância prática ou da harmonização, da força normativa da Constituição. Além destes, trata dos princípios da interpretação das leis conforme a Constituição e da interpretação do direito interno conforme do direito comunitário<sup>144</sup>.

Inocência Mártires Coelho apresenta os princípios da unidade da Constituição, da concordância prática ou da harmonização, da correção funcional, eficácia integradora, força normativa da Constituição, da máxima efetividade, da interpretação conforme a Constituição, da proporcionalidade ou da razoabilidade<sup>145</sup>.

Cumpre-nos, sinteticamente, evidenciar alguns destes princípios, vejamos:

---

<sup>142</sup> COELHO, Inocência Mártires. Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam. In: **DIREITO PÚBLICO**, ano I, n. 5, p. 31-35, jul./ago./set. 2004.

<sup>143</sup> BARROSO, Luis Roberto, 2008, p. 151-276.

<sup>144</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes, 2003, p. 1223-1228.

<sup>145</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 103-114.

Segundo o **princípio da unidade da Constituição** as normas constitucionais devem ser consideradas não como normas isoladas e dispersas, mas sim integradas num sistema interno unitário de princípios e regras. Inexiste, portanto, hierarquia ou contradição entre estas normas, uma vez que a Constituição precisa ser compreendida em sua unidade, isto é, o intérprete não pode obter o significado de um enunciado contido na Constituição de forma isolada, mas sim contextualizada dentro do ordenamento constitucional.

Sobre este princípio leciona o professor Luís Roberto Barroso:

A despeito da pluralidade de domínios que abrange, a ordem jurídica constitui uma unidade. De fato, é decorrência natural da soberania do Estado a impossibilidade de coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante no âmbito de seu território. Para que possa subsistir como unidade, o ordenamento estatal, considerado na sua globalidade, constitui um sistema cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente. O elo de ligação entre estes elementos é a Constituição, origem comum de todas as normas. É ela, como norma fundamental, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico<sup>146</sup>.

O **princípio da supremacia da Constituição** consagra a prevalência da norma constitucional, independentemente de seu conteúdo, sobre todas as outras regras existentes no sistema jurídico, assim, toda interpretação constitucional está fundamentada no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no sistema jurídico estatal.

Novamente destacando o ministério de Luís Roberto Barroso:

(...) Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei fundamental. Na prática brasileira, já demonstramos em outra parte, no momento da entrada em vigor de uma nova Carta, todas as normas anteriores com ela contrastantes ficam revogadas. E as normas editadas posteriormente à sua vigência, se contravierem os seus termos, devem ser declaradas nulas. A supremacia da Constituição manifesta-se, igualmente, em relação aos atos internacionais que devam produzir efeitos no território nacional.<sup>147</sup>

Em razão desse princípio, impõe-se que a interpretação de todo o ordenamento jurídico deve ser feita a partir da Constituição, já que o intérprete deve pautar a aplicação do direito ao caso concreto, tendo como requisito, pressuposto o exame da Constituição Federal.

---

<sup>146</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1998, p. 181.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 150.

Somente depois disso deve ser preocupar em consultar a legislação infraconstitucional a respeito do tema<sup>148</sup>.

Cabe salientar, conseqüentemente, que é este princípio que fundamenta o controle de constitucionalidade no plano concreto (controle difuso) e abstrato (controle concentrado), sendo o primeiro postulado a ser levado em consideração no processo intelectual da interpretação constitucional.

O **princípio da máxima efetividade** assenta que deve ser atribuído a um enunciado contido na Constituição o significado que lhe conceda maior efetividade. O intérprete, portanto, deverá analisar o dispositivo constitucional num sentido que lhe confira maior eficácia.

Celso Ribeiro Bastos define este princípio da seguinte forma:

O postulado é válido na medida em que por meio dele se entenda que não se pode empobrecer a Constituição. O que efetivamente significa esse axioma é o banimento da idéia de que um artigo ou parte dele possa ser considerado sem efeito algum, o que equivaleria a desconsiderá-lo mesmo. Na verdade, neste ponto, acaba por ser um reforço do postulado da unidade da Constituição. Não se pode esvaziar por completo o conteúdo de um artigo, qualquer que seja, pois isto representaria uma forma de violação da Constituição<sup>149</sup>

Por conseguinte, o postulado sob comento pode ser traduzido na preservação da carga material que cada norma possui e na não aceitação da nulificação da norma, ainda que parcial. Esse cânone hermenêutico orienta os aplicadores da Constituição para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo. Igualmente direciona os realizadores para que em toda situação hermenêutica, especialmente em direitos fundamentais, procurem densificar seus preceitos, sabidamente predispostos a interpretações expansivas.

O **princípio da concordância prática ou da harmonização** possui estreita ligação com o princípio da unidade da Constituição e consiste numa orientação para que o aplicador das normas constitucionais, caso se depare com situações de concorrência entre

---

<sup>148</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10 ed., rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 41.

<sup>149</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3 ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 176-177.

bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles e ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum.

De acordo com o ensinamento de Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, essa técnica de ponderação de interesses, bens, valores e normas ocorre em três etapas: a) na primeira, o intérprete encontrará as normas aptas a solucionar o caso, identificando os possíveis conflitos entre elas; b) a segunda etapa é voltada para o exame dos fatos concretos e sua relação com as normas selecionadas na primeira etapa; e c) na terceira e última etapa há a concretização da ponderação, momento no qual serão decididos os pesos que devem ser conferidos aos elementos em conflito e, conseqüentemente, quais normas devem preponderar neste caso. Por fim, cabe definir a intensidade da prevalência das normas aplicadas sobre as demais, caso seja possível graduar essa intensidade<sup>150</sup>

Vale registrar que o princípio da harmonização informa que a simples letra da norma será superada mediante um processo de cedência recíproca. Assim sendo, na aparente contradição/colisão de dois princípios, a interpretação constitucional deve ser de tal forma harmonizadora que a opção por um deles não exclua o outro do sistema. Para tanto, ambos os princípios não serão aplicados de forma absoluta: cada um deles prevalecerá até o ponto em que não for necessário renunciar à sua pretensão normativa em favor do outro.

O presente método interpretativo tem sido muito utilizado pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente para a ponderação relacionada à colisão de valores como: a liberdade de expressão e o direito à informação, direito à honra, à imagem e à inviolabilidade da vida privada, dentre outros.

**O princípio da interpretação conforme a Constituição** possui dúplice natureza: princípio de interpretação e técnica de controle de constitucionalidade, ocasião esta na qual recebe o nome, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

Na qualidade de princípio de interpretação recomenda que os aplicadores da Constituição, diante normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido

---

<sup>150</sup> BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de, O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público –FA**. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, mar. 2004, p. 3.

que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, conservando, assim, as leis e prevenindo os conflitos. Esta prudência, no entanto, não pode ser excessiva a ponto de induzir o intérprete a salvar a lei à custa da Constituição, subvertendo a hierarquia das normas.

Logo, na ocorrência de mais de uma interpretação possível da norma infraconstitucional, o intérprete deve escolher aquela que esteja em conformidade com a Constituição, “ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto”<sup>151</sup>.

Segundo Lenio Luiz Streck este é um “princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela”<sup>152</sup>.

Como se nota, os critérios de interpretação constitucional (princípios e métodos) são utilizados à semelhança de “fórmulas persuasivas” porque, embora desprovidos de caráter normativo, servem de apoio às decisões, que, sem eles, poderiam ser mostrar “arbitrárias ou desprovidas de fundamento”<sup>153</sup>. Porém, existe uma pluralidade de métodos e princípios que potencializa a liberdade do juiz, ou seja, essa pluralidade de métodos seria o veículo da liberdade do intérprete, pois, na eleição desses critérios, a liberdade do intérprete é quase infinita, permitindo-lhes “antecipar as decisões” com base na “sua pré-compreensão sobre o que é justo em cada caso”, para, somente após, “buscar fundamentos para dar sustentação discursiva a essas soluções puramente intuitivas, num procedimento em que as conclusões escolhem as premissas, e os fins selecionam os meios”<sup>154</sup>.

Então, não obstante se possa dizer que o fim visado pelo intérprete condiciona a escolha do método, essa questão é solucionada por meio de um “topos que se aceita dogmaticamente”, e que, embora não faça parte do rol dos cânones da interpretação constitucional, pois a ela precede e transcende, trata-se de um princípio liberador da interpretação, qual seja, o postulado do legislador racional<sup>155</sup>.

Além disso, diz-se que:

<sup>151</sup> BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de, O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público –FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, mar. 2004, p. 5.

<sup>152</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 221.

<sup>153</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op cit, p. 103-106.

<sup>154</sup> COELHO, Inocêncio Mártires, 2004, p-31-35.

<sup>155</sup> Idem.

os resultados de toda atividade hermenêutica só se tornarão socialmente vinculantes se as manifestações da consciência jurídica individual dos aplicadores da Constituição puderem ser identificadas como forma de expressão da consciência jurídica geral, que outra coisa não é senão aquilo que, em dado momento histórico, a sociedade considera correto e justo<sup>156</sup>.

Também, por conta desse postulado, diz-se que o “ordenamento jurídico é onicompreensivo, operativo e coerente”<sup>157</sup>, de modo que os diferentes métodos não levariam necessariamente a resultados contraditórios, bem como não se excluem mutuamente.

Assim:

à luz do postulado do legislador racional – um legislador que sendo coerente não permite conflitos reais entre normas – qualquer disputa entre critérios interpretativos é desde logo qualificada como um confronto meramente aparente, a ser resolvido pelo aplicador do direito, de quem se esperam decisões igualmente racionais. (...) tal como no manejo dos métodos da interpretação constitucional, também entre os princípios tem plena vigência a idéia do jogo concertado de restrições e complementações recíprocas, do qual resulta, ao fim e ao cabo, a sua mútua e necessária conciliação<sup>158</sup>.

Por fim, cumpre ressaltar que as controvérsias acerca “dos melhores cânones hermenêuticos – métodos ou regras de interpretação” – estão ultrapassadas. Logo, a doutrina, pacificamente, entende que a interpretação “deve ser vista como um conjunto de métodos e princípios, a serem aplicados num jogo concertado de complementações e restrições recíprocas” - em razão da “complexidade da tarefa de realizar o direito” – tudo, levando em conta a noção de unidade da constituição<sup>159</sup>.

Além disso, percebemos que há pontos de concordância na doutrina, mas há princípios que são erigidos por apenas alguns doutrinadores. Fato é que todos esses princípios auxiliam na atividade do intérprete constitucional, numa tentativa de impedir o excesso daquele voluntarismo ao qual nos referimos anteriormente.

### **2.3.2 Distinção entre princípios (normas-princípio) e regras (normas-disposição).**

No Estado Democrático de Direito as normas constitucionais que asseguram os direitos fundamentais são diferenciadas por regras e princípios, entretanto ambos devem ser compreendidos como normas, visto que tanto regras como princípios dizem o que deve ser,

---

<sup>156</sup> COELHO, Inocêncio Mártires, 2007, p. 117.

<sup>157</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 103-106.

<sup>158</sup> Idem.

<sup>159</sup> Idem.

pois os dois conceitos podem ser formulados por intermédio de expressões deontológicas básicas de obrigação, de permissão e da proibição. Na mesma medida que as regras, princípios são razões para juízos concretos de dever ser, mesmo que de diferente espécie<sup>160</sup>.

De certo, a distinção entre princípios e regras se tornou efetivamente relevante com as obras Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério* (1977) e de Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais* (1984). Em verdade, ambos defendem a tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico<sup>161</sup>.

Para Dworkin, a concepção positivista do Direito como um modelo composto unicamente de regras não consegue sustentar, justificar as decisões em casos difíceis, casos-limites, nos quais os juízes têm de exercer seu poder discricionário, caso em que criam direito novo<sup>162</sup>. Consequentemente, nas lições de Dworkin:

(...) quando o julgador exauri as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes<sup>163</sup>.

Em adição, citado autor argumenta que, ao lado das regras jurídicas, existem também os princípios. Estes, ao contrário daquelas, que apresentam apenas a dimensão da validade, possuem também outra dimensão: o peso. Assim, as regras *ou valem*, e são, dessa forma, aplicáveis em sua inteireza, *ou não valem*, e por conseguinte, não são aplicáveis. No caso dos princípios, essa indagação sobre a validade não faz sentido. Na hipótese de colisão entre princípios, não há que se indagar sobre problemas de validade, mas somente de peso. Irá prevalecer aquele princípio que for, para o caso concreto, mais relevante, ou, em sentido figurado, aquele que tiver maior peso. Imperioso evidenciar, todavia, que o princípio que não tiver prevalência não deixa de valer ou de pertencer ao ordenamento jurídico. Ele tão somente

<sup>160</sup> ALBRECHT, Lourdes Pasa. Princípios e Regras: Diferença em Debate. **Revista Opinião Filosófica**, Porto Alegre, v. 05; n.º. 01, 2014, p. 294.

<sup>161</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** 1, 2003, p. 609.

<sup>162</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 35.

<sup>163</sup> Ibidem, p.55.

não terá tido peso suficiente para ser decisivo naquele caso concreto. Em outras hipóteses, porém, a situação pode inverter-se<sup>164</sup>.

Por sua vez, Alexy parte de um pressuposto similar ao de Dworkin: o de que a distinção entre princípios e regras é uma diferenciação qualitativa e não de grau. Sua principal contribuição foi precisar, aperfeiçoar algumas premissas básicas dessa ideia e, notadamente, desenvolver a ideia de princípios como mandamentos de otimização<sup>165</sup>.

Desta sorte os princípios jurídicos, na concepção de Alexy, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes<sup>166</sup>”. Por este motivo são eles denominados de mandamentos de otimização e podem ser cumpridos em diferentes graus e sua medida de satisfação, além das possibilidades fáticas, depende das possibilidades jurídicas quando de sua aplicação efetiva, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes, ou seja, a realização completa de um determinado princípio pode ser - e frequentemente é - obstada pela realização de outro princípio.

Essa ideia é traduzida pela metáfora da *colisão* entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode peremptoriamente falar que um princípio X sempre prevalecerá sobre o princípio Y, devendo-se falar em prevalência do princípio X sobre o princípio Y diante das condições Z<sup>167</sup>.

E conclui Alexy afirmando que para a obtenção de um resultado ótimo é necessário, muitas vezes, limitar a realização de um ou de ambos os princípios. Atesta o autor que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, que poderão revelar-se menos amplos após o sopesamento com princípios colidentes. Assim, a diferença entre princípios e regras ficaria ainda mais patente. As regras, em oposição aos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, por conseguinte, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. No caso dos princípios, o grau de realização pode variar<sup>168</sup>.

---

<sup>164</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 610.

<sup>165</sup> Idem.

<sup>166</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 90.

<sup>167</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 611.

<sup>168</sup> Idem.

Dando sequência ao presente exame insta destacar que o mestre Canotilho<sup>169</sup> apresenta a ideia de que o sistema jurídico deve ser enfrentado como um sistema normativo aberto de regras e princípios, visto que (i) – trata-se de um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (ii) – é um sistema aberto pois tem uma estrutura dialógica traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; (iii) – é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; (iv) – é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras.

Por sua vez, Luís Roberto Barroso divide as normas jurídicas em normas-princípio (ou princípios) e normas-disposição (ou regras)<sup>170</sup>. Inocêncio Mártires Coelho também faz essa distinção, que considera “das mais relevantes para prática do direito, sobretudo em âmbito constitucional”<sup>171</sup>. Ele explica que tal distinção baseia-se na “estrutura normativo-material dos preceitos que integram a parte dogmática das constituições, com enormes reflexos na sua interpretação e aplicação”<sup>172</sup>.

Humberto Ávila, sobre a distinção entre categorias normativas, em especial, a diferença entre princípios e regras, possui duas finalidades:

Em primeiro lugar, visa *antecipar* características das espécies normativas de modo que o intérprete ou o aplicador, encontrando-as, possa ter facilitado seu processo de interpretação e aplicação do Direito. Em consequência disso, a referida distinção busca, em segundo lugar, *aliviar*, estruturando-o, o ônus de argumentação do aplicador do Direito, na medida em que a uma qualificação das espécies normativas permite minorar – eliminar, jamais – a necessidade de fundamentação, pelo menos indicando o que deve ser justificado (grifos no original)<sup>173</sup>.

O autor defende a possibilidade de coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo, ou seja, um ou mais dispositivos podem funcionar como ponto de referência para a construção de regras, princípios e postulados, podendo gerar um ou outro simultaneamente. Assim, se o dispositivo indicar uma espécie normativa não significa dizer

---

<sup>169</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, 2000, p. 1123.

<sup>170</sup> BARROSO, Luís Roberto, 2008, 151.

<sup>171</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 23.

<sup>172</sup> Idem.

<sup>173</sup> ÁVILA, Humberto, Op cit, p. 65.

que não poderia retratar outra, ou seja, essa classificação não seria exclusiva, mas, ao contrário, inclusiva, nas palavras do autor<sup>174</sup>.

As regras são normas com eficácia restrita às situações às quais se dirigem. Os princípios, por sua vez, possuem maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema<sup>175</sup>. Caracteriza-se, particularmente, pela falta de precisão e pela generalização e abstração lógica, o que configura sua diferença com a regra do direito<sup>176</sup>. O princípio traduz um “mandamento nuclear do sistema” para o qual serve de critério para compreensão.

Assim, violar um princípio é mais grave do que violar uma regra, já que provoca ofensa não apenas a um determinado mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. Portanto, essa violação gera o mais sério modo de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido<sup>177</sup>.

Luís Roberto Barroso explica que os princípios têm a particularidade de se irradiarem pelo sistema normativo e, assim, repercutem por outras normas constitucionais (isso, no caso específico dos princípios constitucionais) e, por conseguinte, também, atingem as demais normas infraconstitucionais<sup>178</sup>.

Geralmente, os princípios de um sistema jurídico encontram-se indicados em determinado texto de direito positivo. Porém, existem princípios que estão “fora e acima da letra expressa das normas legais” e, segundo Luís Roberto Barroso, “não têm caráter absoluto e se encontram em permanente mutação”<sup>179</sup>. O autor indica que certos princípios de interpretação constitucional integram o sistema constitucional positivo, embora não estejam previstos em disposição expressa<sup>180</sup>.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello, tratando de uma concepção de sistema (ordenamento jurídico), acredita que os juristas devem se interessar pelos princípios consagrados, tenha ou não o legislador pretendido conscientemente instaurá-los, sendo que

---

<sup>174</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>175</sup> BARROSO, Luís Roberto, 2008, p. 151-152.

<sup>176</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 23.

<sup>177</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**, 1 ed., 6 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 230, *apud*, BARROSO, Luís Roberto. 2008, p. 153.

<sup>178</sup> Ibidem, p. 154-155.

<sup>179</sup> Ibidem, p. 153-154.

<sup>180</sup> Ibidem, p. 154.

esses cânones podem sempre ser modificados ou derogados pela autoridade legislativa, de modo que, para ele, o intérprete – a quem caberia “simplesmente reconhecer os princípios encampados e identificar as diferentes aplicações em face das diversas hipóteses” – deveria “centrar sua investigação” no regime ou sistema jurídico<sup>181</sup>.

Inocência Mártires Coelho explica a diferença existente no modo de aplicação das regras e princípios. Sobre as regras, ele expõe:

(...) em tratando de *regras* de direito, sempre que a *sua* previsão se verificar numa dada situação de fato concreta, valerá para essa situação exclusivamente a *sua* consequência jurídica, com o afastamento de quaisquer outras que dispuserem de maneira diversa, porque no sistema não podem coexistir normas *incompatíveis*. Se, ao contrário, aqueles mesmos fatos constituírem hipótese de incidência de *outras* regras de direito, estas e não as primeiras é que regerão a espécie, também integralmente e com exclusividade, afastando-se - por incompatíveis - as consequências jurídicas previstas em quaisquer outras regras pertencentes ao mesmo sistema jurídico<sup>182</sup>.

Por essas razões, quando se aplica uma regra, tem-se sempre em mente que ela valerá ou não, pois uma afastará a outra “sempre que para uma mesma situação de fato existam consequências jurídicas *antinômicas* ou reciprocamente excludentes”<sup>183</sup>.

Cumprido observar que o ordenamento jurídico não aceita antinomias ou contradições entre normas jurídicas. Assim, para o caso de ocorrer conflito de normas, que se diz ser aparente, elaborou-se algumas regras de solução. Tais regras seriam os critérios *cronológico*, *hierárquico* e da *especialidade*<sup>184</sup>. Inocência Mártires Coelho, no entanto, parece, de certa forma, rechaçar o argumento de que certos conflitos seriam apenas aparentes, porque isso somente seria possível se:

existisse de fato o *legislador racional* e se os sistemas jurídicos, fruto do seu trabalho, fossem logicamente consistentes ou imunes à ocorrência de conflitos reais, i.e., de situações em que duas ou mais normas (i) pertencentes ao mesmo ordenamento; (ii) dotadas de igual hierarquia; (iii) editadas simultaneamente; e (iv) possuindo âmbitos de validade idênticos, mesmo assim estabelecem para um mesmo caso soluções que - pelo menos aos olhos do intérprete - são mutuamente incompatíveis<sup>185</sup>.

<sup>181</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 81.

<sup>182</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 24.

<sup>183</sup> Idem.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>185</sup> Idem.

Então, considera que há casos em que não será possível encontrar soluções utilizando os critérios *cronológico*, *hierárquico* e da *especialidade*<sup>186</sup>. Seria, por exemplo, o caso de colisões de princípios, que não configuram exatamente um conflito aparente de normas.

Assim, nesse campo, entende-se desnecessária a criação de regras de colisão, já que essas espécies normativas apresentam características tais que levam a crer que elas não se prestam a provocar conflitos, gerando “apenas momentâneos estados de *tensão* ou de *mal-estar hermenêutico*, que o operador jurídico *prima facie* verifica serem passageiros e plenamente superáveis no curso do processo de aplicação do Direito”<sup>187</sup>.

Na verdade, considera-se que não existem conflitos entre princípios, uma vez que seu conteúdo normativo necessita, normalmente, de uma complementação e de uma limitação, que decorre justamente da relação que mantém com outros princípios<sup>188</sup>. O conflito somente existiria se houvesse “identidade de hipóteses e campos materiais de aplicação entre as normas eventualmente contrapostas”, porém, isso não pode ocorrer entre princípios, uma vez que “são definidos justamente em função de não terem uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica abstratamente determinadas”<sup>189</sup>.

Nesse sentido, quanto à aplicação dos princípios, o que o intérprete deverá resolver diz respeito à escolha do princípio que será aplicado e qual a relação que esses princípios mantêm entre si<sup>190</sup>.

Portanto, a partir dessa escolha, o que se estabelece não é a primazia de um princípio sobre outro; trata-se, apenas, de uma questão de *inaplicabilidade* do princípio eventualmente afastado; este será o suposto de fato da regra de decisão formulada, conforme as circunstâncias do caso. A consequência jurídica, por conseguinte, será aquela extraída “do princípio de maior peso”<sup>191</sup>. Isso, porque, explica o professor Inocência Mártires Coelho, “diferentemente das regras de direito, os princípios jurídicos não se apresentam como *imperativos categóricos, mandados definitivos nem ordenações de vigência* diretamente

---

<sup>186</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 26.

<sup>187</sup> Idem.

<sup>188</sup> Idem.

<sup>189</sup> Idem.

<sup>190</sup> Idem.

<sup>191</sup> Ibidem.26-27.

emanados do legislador, antes apenas enunciam *motivos* para que o seu aplicador se decida neste ou naquele sentido”<sup>192</sup>.

No que tange às regras, o legislador explicita, com exclusividade, os respectivos *suposto e disposição*, isto é, cada hipótese de incidência e a respectiva consequência jurídica. Porém, quanto aos princípios jurídicos, o legislador compartilha essa tarefa com aqueles que irão aplicar esses *standards* normativos, já que apenas diante de situações concretas que eles operam “como verdadeiros *mandados de otimização*”<sup>193</sup>.

Apesar disso, cumpre relembrar as lições de Humberto Ávila no sentido de que

os dispositivos que servem de ponto de partida para a construção normativa podem germinar tanto uma regra, se o caráter comportamental for privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também podem proporcionar a fundamentação de um princípio, se o aspecto valorativo for *autonomizado* para alcançar também comportamentos inseridos noutros contextos. Um dispositivo cujo significado preliminar determina um comportamento para preservar um valor, caso em que seria enquadrado como uma regra, permite que esse valor seja autonomizado para exigir outros comportamentos, não descritos, necessários à sua realização<sup>194</sup>.

A importância das observações do professor Inocêncio Mártires Coelho está em destacar que, como mandados de otimização, os princípios são pontos de partida ou pensamentos diretores para a aplicação da norma ao caso concreto<sup>195</sup>.

Assim, as observações do professor Inocêncio Mártires Coelho não se mostram completamente incompatíveis com o entendimento de Humberto Ávila, na medida em que o primeiro entende que a produção dos princípios jurídicos ocorre em *dois tempos e a quatro mãos*, porque, primeiramente, são formulados genérica e abstratamente pelo legislador; depois se concretizam, naturalmente, como *normas do caso* ou *normas de decisão*, pelos intérpretes e aplicadores do direito. Ou seja, ele explica: os princípios são as regras *a longo prazo*, pois, das regras, “eles vão sendo extraídos e generalizados, pelos juízes e tribunais, no curso do processo de composição de conflitos em que consiste a realização judicial do direito”<sup>196</sup>.

Assim, enquanto Humberto Ávila entende que dispositivos podem ser - a um só tempo - regras, princípios e postulados, Inocêncio Mártires Coelho entende que os princípios

---

<sup>192</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 27.

<sup>193</sup> Idem.

<sup>194</sup> ÁVILA, Humberto. Op. Cit, p. 70.

<sup>195</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p.27.

<sup>196</sup> Idem.

são as regras em longo prazo, ou seja, o texto que traz regras, também, poderá ensejar a produção de normas-princípio.

Ademais, os princípios não impõem a tomada de uma única decisão correta e justa, porque permitem que haja *convivência* e *conciliação* com outros princípios, ainda que concorrentes e que ofereçam razão para soluções em sentido diverso. Ocorre, assim, um complexo *jogo concertado* de complementações e restrições recíprocas que será esboçado quando o intérprete os aplica às situações da vida e concluído quando, ao concretizá-los, proporciona o cumprimento desses mandados de otimização<sup>197</sup>.

O professor Inocêncio Mártires Coelho ressalta a importante *dimensão institucional* que os princípios possuem porque proporcionam a criação e manutenção de *unidade política*, já que, devido à amplitude e à indeterminação do seu significado, eles viabilizam acordos ou pactos de convivência sem os quais as disputas ideológicas seriam intermináveis, tais como aquelas que ocorrem nos momentos constituintes de formação das leis fundamentais<sup>198</sup>. Há, segundo ele, uma espécie de convivência necessariamente *amistosa* - um *jogo concertado*, não porque possuem uma natureza pacífica, mas porque as colisões entre princípios não são “antinomias *jurídicas* em sentido próprio, embora possam dar lugar a *regras mutuamente incompatíveis*”<sup>199</sup>.

Inocêncio Mártires Coelho pondera que “os textos constitucionais, pela sua estrutura normativo-material aberta e pelos seus objetivos macro-institucionais, são mais afeitos a interpretações criadoras”<sup>200</sup>. Assim, na análise de princípios (e de qualquer maneira, essa análise pode ser feita não apenas no caso de princípios constitucionais, mas, aqui, a eles nos referimos), a Corte Constitucional pode “*ponderar e relativizar* o peso dos princípios concorrentes”<sup>201</sup> que poderiam ser aplicáveis a determinado caso e, em seguida, legitimar a atuação legislativa do Estado em determinado sentido ou, ainda, a atuação executiva propriamente dita.

Ao tomar a decisão em qualquer dos sentidos, conferindo mais peso a um ou a outro princípio, não significa que terá invalidado qualquer dos princípios em conflito, porque

---

<sup>197</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 28.

<sup>198</sup> Idem

<sup>199</sup> Idem.

<sup>200</sup> Idem.

<sup>201</sup> Ibidem, p.28-29.

*abstratamente* considerados, continuaram com a mesma força normativa e a mesma relevância constitucional. Desse modo, quando houver novamente conflito entre os mesmos princípios, a depender do caso concreto, a Corte poderá decidir de forma diversa, com outro balanceamento, ou seja, “atribuindo maior peso ao que, na situação anterior, recebeu menor ponderação”<sup>202</sup>.

Isso quer dizer que a precedência entre eles é sempre *condicionada*, já que se, numa determinada situação, um princípio recebe maior valor do que outro, este último não estará desqualificado para futuras aplicações, pois essa preterição decorreu somente das circunstâncias do caso concreto<sup>203</sup>.

Verificamos, portanto, que princípios e regras constitucionais são normas de mesma hierarquia, em sentido normativo, tendo em vista o princípio da unidade da Constituição; porém, são normas com funções distintas no ordenamento jurídico<sup>204</sup>.

Com efeito, os princípios podem ter uma ação imediata, quando diretamente aplicáveis a determinada relação jurídica ou uma ação mediata, ou seja, funcionam “como critério de interpretação e integração do Texto Constitucional”<sup>205</sup>.

No que tange à questão de hierarquia em sentido normativo, ela também não existe entre os princípios constitucionais, porque a eles são aplicáveis um método de ponderação de bens *à luz do caso concreto*. Ressalva-se, apenas, a *dignidade da pessoa humana* como *valor-fonte* dos demais valores, valor *fundante* da experiência ética ou, se preferirmos, *princípio* e *fim* de toda ordem jurídica, já que este princípio estaria fora do contexto valorativo<sup>206</sup>.

Em relação, ainda, ao papel distinto das regras e dos princípios: enquanto estes se submetem ao método da ponderação, que não tem a capacidade de invalidá-los, porque são mandados de *otimização* ou preceitos de intensidade modulável, a serem aplicados na medida do possível e com diferentes graus de efetivação, as regras, ao contrário, são “claras

---

<sup>202</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 29.

<sup>203</sup> Idem.

<sup>204</sup> BARROSO, Luís Roberto, 2008, p. 151.

<sup>205</sup> Ibidem, p. 152.

<sup>206</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op cit, p 29.

ordenações de *vigência* ou mandados de *realização*”<sup>207</sup>, que se submetem à ideia do tudo ou nada.

Para Alexy<sup>208</sup>, como já salientado anteriormente, que indica essa caracterização diferenciada entre regras e princípios, como, respectivamente, mandados de realização e mandados de otimização, uma norma será, sempre, ou uma regra ou um princípio. No entanto, entendemos que é possível conformar essa doutrina com as ideias de Humberto Ávila, segundo as quais, determinado dispositivo poderá expressar normas que indicam regras, princípios e postulados. Enquanto normas que expressam regras, traduzem mandados de realização; porém, enquanto normas que traduzem princípios ou postulados, seriam mais atinentes a mandados de otimização, mas, sempre, expressando aquele ponto de partida pelo qual todo intérprete deverá se guiar<sup>209</sup>.

Para passarmos a análise dos próximos tópicos, trazemos, por fim, mais uma observação do professor Inocêncio Mártires Coelho, no sentido de que embora existam expressivas diferenças entre os preceitos constitucionais e as demais normas do ordenamento jurídico, a demandarem um tratamento hermenêutico diferenciado, não significa que devam ser pensados como “*fora do sistema, a que igualmente pertencem, até porque a unidade desse sistema e a validade das suas normas começam e terminam na Constituição*”<sup>210</sup>.

### **2.3.3 Reflexões e temperamentos relacionados à atuação judicial criativa**

De certo, a teoria geral do direito pós-positivista consagra como paradigma interpretativo a atividade valorativa do intérprete e a sua participação direta na determinação do significado das normas. Assim, a interpretação criativa do magistrado torna-se postura hermenêutica aceita e reconhecida pelo sistema positivado e, frequentemente, até incentivada pela doutrina e jurisprudência, como já destacado ao longo deste trabalho e conforme ainda veremos adiante.

---

<sup>207</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 30.

<sup>208</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86-87 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p.30.

<sup>209</sup> ÁVILA, HUMBERTO. Op.cit, p. 69-71.

<sup>210</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p.32.

Frisa-se ser este fenômeno, no entendimento de Dalmo de Abreu Dallari<sup>211</sup>, uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, uma vez que vem sendo gradativamente concedido maior poder aos juízes para que estes possam assegurar maior e melhor gozo dos direitos fundamentais por todos e promover o desenvolvimento da pessoa humana.

Já mencionamos, todavia, a necessidade de serem estabelecidos parâmetros objetivos para a atividade hermenêutica; essa necessidade decorre imediatamente do princípio da *segurança jurídica*, para evitar que o intérprete possa fazer novas leituras e adaptar o texto constitucional todas as vezes em que as exigências sociais, em constante mutação, assim demandem<sup>212</sup>.

No entanto, não podemos olvidar que o direito constitucional moderno “não é apenas o que prescreve o texto da Lei Maior, mas também a *bagagem de padrões hermenêuticos* incorporada na jurisprudência constitucional”<sup>213</sup>.

Apesar disso, no campo da interpretação constitucional, embora se carregue problemas semânticos específicos – grande número de conceitos vagos – e se deva observar a importância das mutações constitucionais até mesmo para a própria manutenção da higidez constitucional, deve-se ter em mente, também, a relevância “do texto como algo firme e vinculativo, apesar da diversidade e da influência de múltiplos *complicadores* no processo de concretização constitucional”<sup>214</sup>.

Daí, por exemplo, as notas dignas de atenção de Peter Häberle no sentido de realizar um processo democrático de interpretação constitucional, até mesmo para conferir mais legitimidade à atuação das Cortes Constitucionais. Desse modo, a interpretação não pode ser somente dos juízes; ao contrário, deve ocorrer no âmbito de um processo verdadeiramente público e republicano, do qual participem os diferentes atores sociais - agentes políticos ou apenas cidadãos, já que todos eles, na verdade, exercem seus direitos e cumprem as suas obrigações com atenção aos preceitos constitucionais<sup>215</sup>.

---

<sup>211</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e direitos fundamentais. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (coords.). **Estado de Direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 171

<sup>212</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 115.

<sup>213</sup> Idem.

<sup>214</sup> Ibidem, p. 116.

<sup>215</sup> Ibidem, p. 132-133.

Na verdade, a doutrina preocupa-se em evitar que os juízes atuem como autênticos legisladores, daí a concepção Kelseniana do legislador negativo. Todavia, Inocêncio Mártires Coelho, ressalta que muitas

têm sido as decisões das Cortes Constitucionais – e.g. as diversas espécies de sentenças *normativas* – por via das quais, a pretexto de *otimizar* e/ou *realizar* a Constituição, esses supertribunais assumem nítida postura legislativa, criando normas de caráter geral e vinculante, como atestam a jurisprudência nacional e a estrangeira<sup>216</sup>.

Verificamos, com efeito, que ocorre uma atividade legislativa heterônoma ou, ainda, o que a doutrina denomina *judiciarismo*, que apresenta a conduta de determinadas Cortes de Cassação, existentes em alguns países, de imporem “a sua visão do direito aos demais órgãos do Poder Judiciário (...) e tudo isso no âmbito de uma estrutura fechada e fortemente hierarquizada”<sup>217</sup>.

Nesse contexto, surgiram, igualmente, diversas linhas de pensamento relacionadas ao fenômeno denominado ativismo judicial.

Por ativismo judicial devemos entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas - conflitos de interesses - e controvérsias judiciais da natureza objetiva - conflitos normativos<sup>218</sup>.

Não se deve, entretanto, compreender o ativismo judicial meramente como uma forma criativa de exercício da função jurisdicional, uma vez que o juiz, para boa e correta aplicação do direito - nos próprios limites da sua função jurisdicional - deve conhecer não somente a lei seca, mas também a filosofia e a sociologia do direito, com o desiderato de perceber, compreender as aspirações da sociedade no momento da gênese daquela ordem jurídica, para então avaliar a situação sabendo da real intenção do legislador quando pôs aquela norma<sup>219</sup>.

<sup>216</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 116-117.

<sup>217</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>218</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 30.

<sup>219</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juiz e a revelação do direito em concreto. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (coords). **Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao Jurista Mário Moacyr Porto**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 273.

Depreende-se então, segundo essa visão, que existe uma clara violação dos limites impostos pelo ordenamento jurídico vigente à atividade jurisdicional, a qual ultrapassa os limites de sua legítima atuação ao adentrar capciosamente sobre o cerne essencial definidor das funções constitucionalmente adjudicadas aos outros Poderes.

Com efeito, para Luís Roberto Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas<sup>220</sup>.

É manifesto e indene de questionamentos, relevada a concepção que inflige a pecha de ativismo a qualquer atuação jurisdicional criativa, que estamos diante de um novo constitucionalismo substancialmente marcado pelas seguintes características: a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; e d) mais concretização do que interpretação. Estas qualidades representam uma genuína mudança de paradigmas, isto é, dos esquemas de pensamento do constitucionalismo tradicional, tal como ele surgiu e se desenvolveu, desde o final do século XVIII, até praticamente todo o século XX<sup>221</sup>.

Inocência Mártires Coelho explica essa questão:

Sob o novo constitucionalismo, a Constituição, que outrora era um simples catálogo de competências e de fórmulas exortativas que não vinculam o legislador – nesse sentido, ela era apenas um texto político sem pretensão de injuntividade –, essa Carta Política simbólica assume, agora, a função de norma suprema e de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, compondo um conjunto de regras e de princípios dotados de força normativa própria e imediatamente eficaz, rebaixando-se a lei, antes soberana, à condição de ato infraconstitucional, sujeito ao controle de legitimidade, formal e material, precisamente em face dessa nova Constituição. Esse controle, por outro lado, é confiado a todos os agentes oficiais da interpretação/aplicação da Lei Maior, desde os órgãos da

<sup>220</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Consultor Jurídico. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 07 de fevereiro de maio de 2015.

<sup>221</sup> Idem.

jurisdição ordinária, que habitualmente a manejam, até as cortes constitucionais, que estão acima dos demais Poderes e, por isso mesmo, desfrutam de prerrogativas infinitamente maiores dos que a que eram reconhecidas ao legislador recém-destronado<sup>222</sup>.

Aliás, “a supremacia da Constituição e a missão atribuída ao Judiciário na sua defesa têm um papel de destaque no sistema geral de freios e contrapesos concebido pelo constitucionalismo moderno como forma de conter o poder”<sup>223</sup>. Nessa toada, as Cortes Constitucionais são responsáveis por destacar as constantes mutações constitucionais, isto é, das alterações dos sentidos dos enunciados, decorrentes da evolução histórico-social, permanecendo intacto o texto<sup>224</sup>. As exigências do contexto social ensejam as mutações constitucionais, mas a Corte Constitucional será responsável por essa atividade criadora.

Como se percebe, o papel desenvolvido pelas Cortes Constitucionais não está livre de críticas e preocupações pela doutrina. Os Estados Unidos, por exemplo, têm passado, nos últimos anos, por uma ampla discussão sobre o controle de constitucionalidade pelo Judiciário e seus limites. Nessa senda, vem à tona, justamente, a questão da legitimidade democrática, porque os agentes do Executivo e do Legislativo são eleitos pela vontade popular e, além disso, “sujeitam-se a um tipo de controle e responsabilização política de que os juízes estão isentos”<sup>225</sup>. No Brasil, a reforma do Judiciário veio tentar conciliar essa questão, com a criação do Conselho Nacional de Justiça, que atuaria como órgão de fiscalização da atuação administrativa do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados.

Diante disso, a Corte Constitucional deve estar constantemente preocupada em se enquadrar no contexto da legitimidade democrática, criando ou utilizando os meios elaborados pelo legislador ordinário de participação da sociedade na interpretação constitucional, dentro daquele ponto de vista de Peter Häberle de uma sociedade aberta de intérpretes constitucionais.

Porém, não podemos olvidar que, por maiores que sejam as críticas e a inquietação com os excessos de um suposto ativismo judicial, é devido à criatividade das

---

<sup>222</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Consultor Jurídico. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 07 de fevereiro de maio de 2015.

<sup>223</sup> BARROSO, Luis Roberto, 2008, p. 167.

<sup>224</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 122-123.

<sup>225</sup> BARROSO, Luis Roberto, 2008, p. 168.

Cortes Constitucionais e dos operadores dos textos constitucionais “que os textos das constituições vão sobrevivendo à ação do tempo e permitindo que se reduza ao mínimo as sempre desgastantes alterações constitucionais”<sup>226</sup>.

#### **2.3.4. O processo de interpretação constitucional: a concretização da norma e de princípios a partir de valores (o legislador positivo)**

Segundo Canotilho, o processo de concretização normativo-constitucional tem início com a mediação do conteúdo dos enunciados lingüísticos (programa normativo) e com a escolha dos dados reais constitutivos do universo exterior abrangidos pelo programa da norma. Assim, a norma jurídico-constitucional seria um modelo de ordenação material assentado pela ordem jurídica como vinculativo e constituído por: (a) uma medida de ordenação linguisticamente formulada e (b) um conjunto de dados reais selecionados pelo programa normativo (domínio normativo)<sup>227</sup>.

Neste ponto, a norma jurídica constitui-se somente como uma regra geral e abstrata, que encarna o resultado intermédio do processo concretizador, mas ainda não é imediatamente normativa. Canotilho explica que para se passar da normatividade mediata para a *normatividade concreta*, a norma jurídica precisa incorporar o carácter de norma de decisão, ou seja, ela adquire, verdadeiramente, normatividade quando com a medida de ordenação nela contida se torna possível decidir um caso jurídico<sup>228</sup>.

Dessarte, a norma jurídica se concretiza por meio de um desses instrumentos:

(1) criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade actual e imediata através da sua passagem à norma de decisão que regulamenta concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa<sup>229</sup>.

<sup>226</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam.** Comunicação apresentada no XXIV Congresso Brasileiro de Direito Constitucional – 15 Anos de Constituição/Os caminhos do Brasil – promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, em São Paulo, nos dias 12, 13 e 14 de maio de 2004. Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/53/30>. Acesso em 25/07/2015.

<sup>227</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes, 2003, p. 1221.

<sup>228</sup> Idem.

<sup>229</sup> Idem.

Com efeito, resta observar - porque a norma jurídica somente adquire normatividade ao se transformar em norma de decisão a ser aplicada aos casos concretos - compete aos agentes do processo de concretização um papel fundamental, já que, no fim do processo, eles são responsáveis por colocar a norma em contato com a realidade<sup>230</sup>. E no campo específico da concretização normativo-constitucional, a atuação dos sujeitos concretizadores, no sentido de mediar metodicamente a normatividade, assume uma das suas manifestações mais importantes. Esse trabalho de mediação, num Estado de direito democrático, assume o caráter de um trabalho normativamente orientado<sup>231</sup>.

Nesse contexto:

O jurista concretizador deve trabalhar a partir do texto da norma, editado pelas entidades democrática e juridicamente legitimadas pela ordem constitucional. A norma de decisão, que representa a medida de ordenação imediata e concretamente aplicável a um problema, não é uma grandeza autônoma, independente da norma jurídica, nem uma decisão voluntarista do sujeito de concretização; deve, sim, reconduzir-se sempre à norma jurídica geral<sup>232</sup>.

Existe uma distinção positiva, indicada na própria constituição, entre os vários agentes concretizadores, embora, não raro, se constate a convergência concretizadora de várias instâncias. Canotilho explica os níveis de concretização, da seguinte forma:

(a) nível primário de concretização: os princípios gerais e especiais, bem como as normas da constituição que densificam outros princípios; (b) nível político-legislativo: a partir do texto da norma constitucional, os órgãos legiferantes concretizam, através de decisões políticas com densidade normativa - os actos legislativos -, os preceitos da constituição; (c) nível executivo e jurisdicional: com base no texto da norma constitucional e das subseqüentes concretizações desta a nível legislativo (também a nível regulamentar, estatutário), desenvolve-se o trabalho concretizador, de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos<sup>233</sup>.

Temos, portanto, que os textos normativos não vêm prontos das mãos do legislador; na verdade, “eles contêm apenas *critérios gerais de justiça*, a serem

---

<sup>230</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes, 2003, p. 1221-1222.

<sup>231</sup> Ibidem, p. 1222

<sup>232</sup> Idem.

<sup>233</sup> Idem.

particularizados pelos intérpretes/aplicadores. Por isso se diz que o direito compõe-se de normas e do trabalho dos seus operadores<sup>234</sup>.

Esses critérios gerais de justiça são, em outras palavras, as normas jurídicas em caráter geral, que procura abranger o maior número possível de situações da vida. Porém, essas normas gerais não se prestam a resolver casos particulares, do que resulta a necessidade da formulação de normas individuais (Kelsen), normas de decisão (Ehrlich) ou normas do caso (Fikentscher), para realizar a justiça em sentido material e dar a cada um o que for seu<sup>235</sup>.

Assim, além de desenvolver esse trabalho concretizador das normas jurídicas, ainda estancadas como regras gerais, o intérprete-aplicador não pode se eximir de atuar quando a lei traz critérios objetivos insuficientes para a solução do caso concreto. Nesse âmbito, desenvolve, por meio da analogia ou da interpretação extensiva, conforme o caso, uma atividade criadora, ainda, mais criativa do que aquela de particularização das normas gerais para torná-las normas de decisão.

Deveras, nos termos insistentemente já mencionados, as normas constitucionais são, por excelência, abertas e podem corresponder a regras, princípios ou postulados a um só tempo. A partir dessa constatação e da verificação de que as normas constitucionais não trazem um único sentido, objetivo e válido - para todas as situações e todos os tempos sobre os quais incidem - surge a concepção de uma nova interpretação constitucional<sup>236</sup>.

No caso da norma constitucional, o seu relato, frequentemente, baliza somente uma moldura dentro da qual se desenham distintas possibilidades interpretativas. Desse modo, tendo em vista os elementos do caso concreto, os princípios, e os fins a serem realizados, poder-se-á estabelecer o sentido da norma, objetivando alcançar a solução constitucionalmente apropriada, adequada para o problema a ser resolvido<sup>237</sup>.

Nessa seara, realiza-se uma interpretação que - sem desprezar o método clássico de subsunção para aplicação das regras, nem os elementos tradicionais de hermenêutica (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) - implementa novas fórmulas para a

---

<sup>234</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **A Dimensão Normativa da Interpretação Constitucional**. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/539/987>. Acesso em 25/06/2015.

<sup>235</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit, p. 87, nota de rodapé 254.

<sup>236</sup> BARROSO, Luís Roberto, 2008, p. 345-346.

<sup>237</sup> Ibidem, p. 346.

realização da vontade da Constituição. Fala-se, assim, em nova interpretação constitucional, normatividade dos princípios, ponderação de valores e teoria da argumentação<sup>238</sup>.

Nesse contexto, o intérprete atua na concretização de valores muitas vezes expressos por meio de princípios. Trata-se de um novo ideário que surge com a decadência do positivismo – simbolicamente relacionado à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, como movimentos políticos e militares que alcançaram o poder dentro do quadro de legalidade então vigente e promoveram a barbárie em nome da lei e que, por isso, mantiveram-se indiferentes a valores éticos – e a superação histórica do jusnaturalismo. Apresenta-se, assim, uma nova concepção de direito que leva em conta a sua função social e a sua interpretação<sup>239</sup>.

Entram em voga “a definição de valores, princípios e regras, aspectos (como dissemos) da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana”<sup>240</sup>. No campo dos direitos fundamentais, vislumbramos, mais facilmente, o papel do intérprete na concretização de valores por meio dos princípios.

Os princípios estão, como já visto neste estudo, no mais das vezes, contidos no texto da norma, mas, geralmente, apenas pela interpretação se concretizam os valores por trás do texto. O tipo principiológico constante do texto normativo é aberto e estampa valores que precisam ser concretizados, valores que podem não estar redigidos expressamente no texto, mas que, em vista do valor maior da dignidade humana, podem ser facilmente encontrados, declarados ou, ainda, decretados pelo intérprete. Nesses casos, pode-se até mesmo dizer que ele chega, algumas vezes, a atuar como um legislador positivo.

Assim, Inocêncio Mártires Coelho explica que “em sede de direitos fundamentais, mais do que de interpretação o que se trata é de concretização dos respectivos enunciados, à luz dos métodos e princípios da hermenêutica especificamente constitucional”<sup>241</sup>.

A ponderação de valores, detalhada anteriormente neste trabalho, também constitui importante instrumento do intérprete para a concretização dos princípios,

---

<sup>238</sup> BARROSO, Luís Roberto, 2008, p. 345-346.

<sup>239</sup> Ibidem, p. 349.

<sup>240</sup> Ibidem, p. 349-350.

<sup>241</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. **A Dimensão Normativa da Interpretação Constitucional**. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/539/987>. Acesso em 25/06/2015.

especialmente na seara dos direitos fundamentais e deve ser utilizada, porque, a cada caso, um princípio poderá prevalecer sobre outro, sem, contudo, invalidá-lo. Nesse campo, a atividade criativa do intérprete utilizada, metodicamente, à luz da situação concreta, ganha bastante relevo, pois somente o intérprete aplicador poderá solucionar essas situações de aplicabilidade dúbia de princípios quando mais de um valor está envolvido.

### **3 ANÁLISE DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DE CARÁTER “CRIATIVO” EMANADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O Supremo Tribunal Federal desde suas primeiras composições sempre se preocupou em manter uma postura de Corte Suprema e Corte Constitucional equidistante dos demais poderes, a fim de zelar pelo princípio da separação dos poderes. Um bom exemplo disso são os julgados acerca do princípio da isonomia<sup>242</sup>, que negam extensão de benefícios aplicáveis a uma pessoa, categoria ou coletividade a outras pessoas, categorias ou coletividades que não tenham sido atingidas pela lei que conferiu o direito subjetivo em questão.

Nesse sentido, temos a súmula 339, aprovada pelo Excelso Pretório no longínquo ano de 1963, com a seguinte redação: “não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

Seguramente, a súmula sob análise refletia o cenário jurídico e político da época e objetivava reafirmar a independência dos poderes e a não intervenção de um nas competências do outro quando respaldadas na legalidade.

Entretanto, conforme já explicitado nos capítulos anteriores, com o passar dos anos, restou superado o positivismo legalista imiscuído nas Constituições de índole claramente liberal, em prol da efetividade e supremacia constitucional. Emergiu, assim, o pós-positivismo, principialista e materialista, refletido no Direito Constitucional pela corrente do constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo, evidenciado entre nós com a

---

<sup>242</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança 9611, Relator: Min. VICTOR NUNES, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/1963, DJ 25-07-1963 PP-02311 EMENT VOL-00546-02 PP-00503. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=108916>. Acesso em 03 de agosto de 2015; Recurso Extraordinário 38525, Relator: Min. BARROS BARRETO, Primeira Turma, julgado em 11/12/1958, DJ 02-04-1959 PP-\* EMENT VOL-00377-03 PP-00855. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=138657>. Acesso em 03 de agosto de 2015.

promulgação da Constituição Federal de 1988, marcada pela concreção da primazia dos princípios constitucionais.

Como parece manifesto a compreensão atual da tripartição dos poderes não condiz com a rigidez que lhe era classicamente atribuída. A hermenêutica constitucional contemporânea, pautada em nossa atual Carta Política, aceita a validade do princípio lançado por Montesquieu, todavia, aprofunda a noção de harmonização entre os Poderes para, superando a rigidez inicial com que a teoria foi aplicada, evoluir para um sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos)<sup>243</sup>.

Nesta hodierna compreensão, o princípio da tripartição dos poderes exige a ingerência de um Poder noutro para resguardar, ao fim e ao cabo, um equilíbrio constitucional com vistas à manutenção dos caracteres fundamentais do Estado. No Brasil, a sistemática da harmonização entre os Poderes é manejada para a defesa da República, da Democracia, do Federalismo e, é claro, dos direitos e garantias fundamentais – de que é exemplo a isonomia há pouco citada. Da rígida e estanque separação entre os Poderes – exemplificada pela Constituição de 1946 – evoluiu-se para a compreensão da harmonização, dos freios e contrapesos, atualizando a doutrina de Montesquieu a ponto de permitir sua sobrevivência na Constituição de 1988. Os Poderes, portanto, passam a interpenetrar-se em suas atividades, com o fito de assegurar a guarda e a concretização dos valores constitucionalmente protegidos<sup>244</sup>.

Inobstante a inegável “relativização” ou talvez avanço no conceito rígido de separação de poderes imperioso se mostra abrimos um parêntese para relatar que o Supremo Tribunal Federal recentemente – na sessão plenária de 16 de outubro de 2014 - entendeu por bem converter a súmula 339 na súmula vinculante 37, com idêntica redação, diante dos inúmeros e recentes precedentes existentes na Corte acerca do tema<sup>245</sup>, reafirmando mais uma vez a independência dos poderes, ao menos na temática em comento.

---

<sup>243</sup>MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. O fim da Súmula nº 339 do STF: pela devida aplicação do princípio da isonomia. **A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano XXIII, n. 574, v. 23, n. 9, p. 16-20, set. 2011.

<sup>244</sup> Idem.

<sup>245</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592317, Relato: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7181942>. Acesso em 03 de agosto de 2015; Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 762806, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda

O que se conclui dessa nova súmula vinculante é a escolha da Corte Suprema de se manter neutro em alguns temas controversos que possam gerar conflitos entre os poderes, isto é, a decisão que embasou a conversão da súmula 339 em súmula vinculante consiste, em nossa ótica, de um juízo, uma decisão política emanada do tribunal.

Apesar de tudo o quanto exposto até o momento, por vezes, o Supremo Tribunal Federal vale-se da interpretação – utilizando aquela ideia de construção ou reconstrução do direito – para conceder direitos “fora ou acima” do expressamente disposto no texto da lei. Nesse sentido, o voto do Ministro Celso Mello no HC 94016 que aplica o artigo 5º, *caput* e a garantia prevista na cláusula do devido processo legal a estrangeiro não residente no país<sup>246</sup>, embora o artigo 5º, *caput*, expressamente se refira a brasileiros e a “estrangeiros residentes no País”. Transcrevemos apenas um trecho do voto que demonstra o entendimento do Ministro no sentido de estender as garantias constitucionais a estrangeiros não residentes:

Isso significa, portanto, na linha do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (RDA 55/192 – RF 192/122) e dos Tribunais em geral (RDA 59/326 – RT 312/363), que o súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar os remédios constitucionais, como o mandado de segurança ou, notadamente, o “*habeas corpus*”:

“- É inquestionável o direito de súditos estrangeiros ajuizarem, em causa própria, a ação de ‘habeas corpus’, eis que esse remédio constitucional - por qualificar-se como verdadeira ação popular - pode ser utilizado por qualquer pessoa, independentemente da condição jurídica resultante de sua origem nacional.”(RTJ 164/193-194, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Cabe advertir, ainda, que também o estrangeiro, inclusive aquele que não possui domicílio em território brasileiro, tem direito público subjetivo, nas hipóteses de persecução penal, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do *devido processo legal*, pois – como reiteradamente tem proclamado esta Suprema Corte (RTJ 134/56-58 – RTJ 177/485-488 - RTJ 185/393-394, v.g.) – a condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de esse mesmo réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório<sup>247</sup>.

---

Turma, julgado em 03/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 17-09-2013 PUBLIC 18-09-2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4535033>. Acesso em 03 de agosto de 2015; Recurso Extraordinário 402467 AgR, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 10-06-2013 PUBLIC 11-06-2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3962996>. Acesso em 03 agosto de 2015.

<sup>246</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 94016, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009 EMENT VOL-02350-02 PP-00266 RTJ VOL-00209-02 PP-00702. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578258>. Acesso em 04 de agosto de 2015.

<sup>247</sup> Idem.

Também, sobre a recente reforma do Judiciário, que inseriu a exigência de repercussão geral para a interposição de recurso extraordinário, a Corte Suprema decidiu, sobre a interpretação do artigo 543-A, § 3º do Código de Processo Civil c/c o artigo 323, § 1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, no RE 563.965, que “não se presume a ausência de repercussão geral quando o recurso extraordinário impugnar decisão que esteja de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”<sup>248</sup>. Com efeito, verificamos que a interpretação não é, de fato, uma leitura literal do dispositivo legal; mais que isso: é necessariamente uma atividade criativa.

Impende mencionar, ainda, o julgamento proferido na Reclamação 4374, em que o INSS insurgia-se contra decisão que concedera benefício assistencial de um salário mínimo mensal, previsto na Lei no 8.038/1990, para pessoas portadoras de deficiência e para idoso com 65 anos ou mais. A autarquia impugnava decisão de Turma Recursal de Juizado Especial que concedera o benefício embora o requerente não tivesse preenchido os requisitos objetivamente previstos na lei. O STF, por sua vez, manteve a concessão a partir da concretização de valores previstos em norma-princípio, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, já que comprovada, por outros meios - que não aqueles previstos na lei - a hipossuficiência do requerente<sup>249</sup>. Assim, mais uma vez, valendo-se da interpretação, criou uma norma de decisão para o caso concreto, além do dispositivo da lei, porém, com base em princípios constitucionais maiores, como a dignidade da pessoa humana.

Possivelmente, o caso mais emblemático de atividade criativa do STF seja o enfrentamento da demarcação da terra indígena chamada Raposa Serra do Sol, localizada no Estado de Roraima.

No julgamento da ação em referência - Petição 3.388-4/RR<sup>250</sup> - o Guarda da Constituição julgou improcedente ação popular proposta por Augusto Affonso Botelho Neto,

---

<sup>248</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 563965 RG, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 20/03/2008, DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-07 PP-01570 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 182-193. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521921>. Acesso em 04 de agosto de 2015.

<sup>249</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4374, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013Relator. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>. Acesso em 04 de agosto de 2015.

<sup>250</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212- PP-00049. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em 04 de agosto de 2015.

Senador da República, por meio da qual se buscava a anulação da Portaria do Ministério da Justiça nº 534/2005 e de qualquer outra Portaria que tivesse por objetivo frustrar o andamento judicial das ações que questionassem a demarcação da terra indígena mencionada.

A decisão do tribunal foi favorável à manutenção dos parâmetros demarcatórios da reserva indígena que haviam sido fixados pelo Poder Executivo. Contudo, o STF fixou algumas condicionantes, almejando regular não somente o caso que lhe fora submetido, mas futuros procedimentos de demarcação de áreas indígenas.

De fato, constam dezenove condicionantes na ementa deste julgado, algumas meras reproduções de dispositivos constitucionais ou legais vigentes, tais como as duas condições adiante evidenciadas:

(xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973; (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973);(...)<sup>251</sup>.

Por outro lado, existem outras bem controvertidas, que não decorrem expressa e imediatamente de qualquer dispositivo presente na ordem jurídica, como aquela que veda a ampliação de terra indígena já demarcada (condição xvii), o que levanta o debate sobre sua constitucionalidade e legitimidade e ressalta o caráter criativo da decisão tomada.

As principais críticas oferecidas a este julgado atestam que o STF, ao analisar a validade da demarcação de uma terra indígena específica, proclamou o regime geral constitucional do usufruto das terras indígenas. Tal regime compõe-se de regras gerais e abstratas cujo teor, em sua maior parte, não foi sequer debatido no processo e não se relacionava, não abrangia a solução da controvérsia apreciada. O julgamento de uma ação

---

<sup>251</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212- PP-00049. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em 04 de agosto de 2015.

popular acabou levando ao estabelecimento de um regime jurídico válido para todo o país, e não somente para Raposa Serra do Sol<sup>252</sup>.

Neste caso, em verdade, a Corte Suprema prolatou uma sentença aditiva. Tal conceito, entretanto, não será pormenorizado no presente trabalho por uma escolha metodológica, cumprindo simploriamente apontar que nas decisões de perfil aditivo o magistrado cria normatividade. Mas não deve fazê-lo a partir do vazio normativo. A consecução de nova norma deve se prestar a suprir uma omissão inconstitucional, concretizar, por meio da edição de um novo comando normativo, o que já constava do texto constitucional de modo embrionário. Para resguardar o ato editado pelo legislador, a sentença aditiva procura repará-lo, manipulá-lo. A decisão aditiva, em suma, sem afetar o texto da norma impugnada, expande seu conteúdo normativo, incluindo algo que o texto da disposição não previa expressamente<sup>253</sup>.

E prosseguem as críticas, vejamos:

A adoção da técnica decisória de perfil aditivo, no caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, não se deu, porém, dentro dos limites prescritos pelo sistema constitucional. As condições adicionadas à parte dispositiva da sentença configuram atuação normativa que não se legitimava pelas circunstâncias particulares ao caso.

Só o descumprimento de um dever de legislar constitucionalmente definido pode autorizar, em razão da supremacia da constitucional, o exercício subsidiário de função normativa pela Corte Constitucional. Não se identifica, porém, no julgamento da ação popular qualquer omissão legislativa inconstitucional que exigisse, em princípio, o exercício de atividade normativa integradora ou corretiva. A referida sentença aditiva foi proferida para inserir no ordenamento complementação normativa que não se apresenta como constitucionalmente obrigatória. A definição pormenorizada do regime jurídico do usufruto das terras indígenas, respeitados os limites constitucionais, dependia, na verdade, de escolhas dotadas de grande grau de discricionariedade.

(...)

A preocupação com a atribuição de maior efetividade às normas constitucionais conduziu o Supremo à gradativa superação de omissões legislativas por meio da produção de sentenças constitucionais aditivas. Porém, a absorção de função tipicamente normativa pela Corte – tal qual se observa a partir da produção de sentenças constitucionais do tipo aditivo – deve ser acompanhada do estabelecimento de standards claros a respeito dos limites dentro dos quais essa competência pode ser legitimamente exercida.

---

<sup>252</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **RAPOSA SERRA DO SOL EXPÕE LIMITES ÀS SENTENÇAS ADITIVAS**. Revista Consultor Jurídico, 7 de março de 2013,8h50. DISPONÍVEL EM: <http://www.conjur.com.br/2013-mar-07/raposa-serra-sol-expoe-limites-producao-sentenca-aditivas>. Acesso em 05 de agosto de 2015.

<sup>253</sup>Idem.

A experiência acumulada pela intensa produção de sentenças aditivas por Cortes Constitucionais na Europa foi acompanhada de uma crescente preocupação com a determinação de limites ao exercício dessa competência. A doutrina europeia, em lição igualmente aplicável ao nosso sistema, consolidou duas condições básicas para que seja considerada legítima a prolação de sentenças aditivas pelo Tribunal Constitucional. Exige-se a existência de omissão legislativa inconstitucional e a identificação de uma solução normativa constitucionalmente obrigatória. A observância de tais condições deve do mesmo modo ser requerida entre nós. Só há sentido em pensar em uma “judicialização da política” enquanto a atuação judicial que preserve a interação democrática entre os cidadãos, e não como realização pelo Judiciário de tarefas que legitimamente cabem às maiorias. A criação de um marco normativo geral do regime de usufruto das terras indígenas deve emanar preferencialmente do Poder Legislativo, respeitados os limites fixados constitucionalmente. No Congresso Nacional os diversos projetos abrangentes de fixação de marcos normativos do usufruto das terras indígenas devem ser ampla e democraticamente discutidos. O que não pode ocorrer é a fixação de tal regime pelo Judiciário sem que os atores interessados da sociedade (e sequer as partes que integravam a respectiva relação processual) tenham tido a oportunidade de debater as normas que o integram<sup>254</sup>.

Podemos citar, ainda, outros tantos exemplos da atividade criativa do intérprete, em que poderíamos questionar se este realmente atua como legislador negativo ou positivo, tanto em face das mutações constitucionais, quanto em razão das normas do caso concreto que precisa efetivar, constantemente, para a solução dos conflitos e em virtude do caráter político da jurisdição constitucional, como, por exemplo, tratou-se na questão da liberação da chamada “Marcha” pela legalização do uso da maconha (ADI nº 4.274, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23/11/2011.); na declaração da constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa” (ADC nº 29; ADC nº 30 e ADI nº 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 16/2/2012); da autorização da interrupção da gravidez de feto anencefálico (ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11/04/2012); e na declaração da constitucionalidade das políticas de cotas étnico-raciais (ADPF nº 186, Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento em 26/04/2012) e sociais (RE nº 597285 com repercussão geral, Rel. Ricardo Lewandowski, julgamento em 05/05/2012) para seleção de estudantes em Universidades.

Porém, nos restringiremos a mais dois exemplos.

Primeiramente, compete trazer a lume o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito

---

<sup>254</sup> SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **RAPOSA SERRA DO SOL EXPÕE LIMITES ÀS SENTENÇAS ADITIVAS**. Revista Consultor Jurídico, 7 de março de 2013, 8h50. DISPONÍVEL EM: <http://www.conjur.com.br/2013-mar-07/raposa-serra-sol-expoe-limites-producao-sentencas-aditivas>. Acesso em 05 de agosto de 2015.

Fundamental (ADPF) 132, nas quais o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

A ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178, mas acabou sendo recebida como ação direta de inconstitucionalidade. A ação requereu a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, igualmente, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contrariava preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, requestou que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

Entendeu a Suprema Corte, em resumo, que a constitucionalidade e o reconhecimento das uniões homoafetivas poderiam ser extraídas dos seguintes princípios constitucionais: princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), princípio da igualdade (art. 5º, caput), princípio da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV) e princípio da proteção à segurança jurídica.

De fato, o relator das ações, Ministro Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, no que foi seguido, por todos os demais Ministros.

O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Destacando que o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica, observou o

ministro, concluindo que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da CF<sup>255</sup>.

Ao conferir interpretação conforme ao artigo 1.723 do Código Civil para aplicar às uniões homoafetivas estáveis o regime jurídico das uniões estáveis previstas no Codex civil mencionado, o Pretório Excelso, com a devida vênia, novamente exercitou a criatividade em sua atividade hermenêutica.

Acerca do julgado em debate, cumpre, a título acadêmico, menção à crítica aduzida pelo juiz federal William Douglas:

(...) O STF acertou na decisão, mas errou em sua abordagem. Ao invés de interpretar a Constituição, ousou reescrevê-la sem legitimidade para tanto. Mas, que razões levaram a Corte Suprema a isso?

(...)

Anotemos os fatos. O STF existe para interpretar a Constituição, não para reescrevê-la. Onze pessoas, mesmo as mais sábias, não têm legitimidade para decidir em lugar dos representantes de 195 milhões de brasileiros. Os conceitos "redefinidos" pelo STF são uma violência contra a maioria da população. Nesse passo, basta ler o artigo Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte, de Lênio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barreto e Rafael Tomaz de Oliveira, disponível em meu blog. O resumo: apenas Emenda à Constituição pode mudar esse tipo de entendimento. O problema: a maioria se recusa a discutir uma solução temporizadora que respeite e englobe a todos. (...)

O STF não se limitou a garantir a extensão de direitos, mas quis reescrever a Constituição e modificar conceitos, invadindo atribuições do Poder Legislativo. Conceder aos casais homossexuais direitos análogos aos decorrentes da união estável é uma coisa, mas outra coisa é mudar conceito de termos consolidados, bem como inserir palavras na Constituição, o que pode parecer um detalhe aos olhos destreinados, mas é extremamente grave e sério em face do respeito à nossa Carta Magna. “Casamento” e “união civil” não são mera questão de semântica, mas de princípios, Nem por boas razões o STF pode ignorar os princípios da maioria da população e inovar sem respaldo constitucional. (...)

O STF deve proteger as minorias, mas não tem legitimidade para ir além da Constituição e profanar a vontade da maioria conforme cristalizada na Constituição. O que houve está muito perto de criar, pelas mãos do STF, uma ditadura das minorias, ou uma ditadura de juízes. O STF é o último intérprete da Constituição, e não o último a maculá-la. Ou talvez o primeiro,

---

<sup>255</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 06 de agosto de 2015.

se não abdicar de ignorar que algumas coisas só os representantes eleitos podem fazer.<sup>256</sup> (...)

Por fim, citamos o recente julgamento, em 06 de fevereiro de 2013, dos mandados de injunção 943, 1010, 1074 e 1090 impetrados por trabalhadores que, demitidos sem justa causa após vários anos de serviço, receberam de seus empregadores um salário mínimo a título de aviso prévio. Em suas razões, pleitearam o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, inserto no art. 7º, inciso XXI, da Constituição Federal, e a declaração de mora do Poder Legislativo, pois já teriam se passado mais de 20 anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Na sessão de 22.6.2011, o STF iniciou a análise conjunta dos mandados de injunção já citados, todos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Naquela oportunidade foram apresentadas uma série de precedentes em que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de regulação provisória de alguns temas pelo próprio Judiciário, prolatando uma espécie de decisão de caráter aditivo, normativa e concretizadora, como na hipótese da omissão quanto ao direito de greve e da aposentadoria especial dos servidores públicos<sup>257</sup>.

Verificou-se o tribunal que caso cuidava-se de norma constitucional originária garantidora de direito cujo exercício dependeria de lei regulamentadora, a qual não havia sido editada, e que se configuraria inócua a simples declaração de omissão inconstitucional, cabendo ao STF concretizar o direito constitucional assegurado desde 5.10.1988, uma vez que a Corte já havia reconhecido há quase 20 anos a omissão inconstitucional do Congresso na regulamentação da norma constitucional (MI 369, Red. Para o acórdão Min. Francisco Rezek, DJ 26.2.1993).

Contudo, ao contrário de outros precedentes, como nos referidos casos do direito de greve e da aposentadoria especial, o aviso prévio proporcional não possuía qualquer

---

<sup>256</sup> DOUGLAS, William. **STF quis reescrever Constituição**. Consultor Jurídico. 13 maio 2011. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-mai-13/stf-quis-reescrever-constituicao-votar-uniao-homoafetiva> . Acesso em 05 dez. 2013.

<sup>257</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 712, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>. Acesso em 05 de agosto de 2015; e Mandado de Injunção 708, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>. Acesso em 05 de agosto de 2015.

parâmetro normativo preestabelecido ou outro critério para ser utilizado provisoriamente na integração do vácuo normativo, o que dificultava a atuação do STF.

Após calorosos debates e tendo em vista a quantidade e a diversidade de sugestões oferecidas pelos Ministros da Corte houve o adiamento do julgamento, para a consolidação das propostas apresentadas e formulação de uma solução conciliatória quanto à forma de concretização do aviso prévio proporcional.

Curiosamente, neste interregno, em 11 de outubro de 2011, o Congresso Nacional pôs termo a sua mora por intermédio da publicação da Lei nº 12.506, que finalmente trouxe a regulamentação do instituto do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, previsto no art. 7º, inciso XXI, da Constituição Federal.

Em suma o STF decidiu, por unanimidade de votos, em caráter patentemente criativo, que a regra sobre o pagamento de aviso prévio prescrita pela Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011, deveria ser aplicada retroativamente a outros casos em andamento na Corte nos quais o tema é abordado, como se depreende de trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do feito, *verbis*:

(...)

Ora, neste caso, parece-me possível que o Supremo Tribunal Federal sirva-se – tomando de empréstimo – dos padrões normativos da Lei 12.506/2011, os quais se mostraram adequados aos trabalhadores e empregadores e foram chancelados pelo Poder Legislativo, para aplicá-los aos mandados de injunção aqui impetrados e que tenham tido o julgamento iniciado antes do advento da referida lei regulamentadora. Assim, partindo da valoração feita pelo legislador infraconstitucional, é possível aplicar não a norma regulamentadora que foi posteriormente editada para expungir a omissão inconstitucional que por mais de 20 anos ficou configurada, mas parâmetros idênticos aos da referida lei, para solucionar, em princípio, os casos que tiveram o julgamento interrompido em 22.6.2011 nesta Corte. Registre-se, contudo, que, por segurança jurídica, não é possível exigir-se a aplicação dos parâmetros trazidos pela Lei 12.506/2011 para todas as situações jurídicas que se consolidaram entre a promulgação da Constituição e a edição da referida lei. Em primeiro lugar, a mora legislativa pressupõe certo lapso temporal de inação, o que não estaria configurado tão logo promulgada a Constituição, mas, além disso, muitas situações já se consolidaram de tal modo que a Constituição também lhes atribui proteção, a título de ato jurídico perfeito ou de coisa julgada. Nesse contexto, a proposta que trago ao descortino do Plenário é de aplicação de parâmetros idênticos ao da Lei 12.506/2011 aos casos em exame, salientando que cuidam de impetração de mandado de injunção, anteriormente à edição da referida lei regulamentadora, e cujos julgamentos, muito embora iniciados, foram interrompidos para a apresentação, pelo relator, de proposta de regulamentação conciliatória a integrar a decisão pela procedência dos

respectivos mandados de injunção, a qual fora adiantada pelo Plenário desta Corte em 22.6.2011<sup>258</sup>.

Estes, portanto, alguns poucos, mas relevantes julgados que denotam esse caráter criativo da atividade de nosso intérprete constitucional por excelência, o Supremo Tribunal Federal.

Passemos, enfim, para o enfrentamento do cerne deste trabalho monográfico: estaria o Excelso Pretório, com base na jurisprudência examinada, a atuar como legislador positivo ou negativo?

### **3.1 A atividade criativa do intérprete em nossa corte constitucional – legislador positivo ou negativo?**

A jurisdição constitucional tem como finalidade precípua garantir o exercício regular das funções estatais<sup>259</sup>, funções que têm, também, um caráter jurídico, uma vez que são, em última análise, atos jurídicos de criação do direito, ou seja, de criação de normas jurídicas, ou ainda, atos de execução de direito criado, ou de normas jurídicas já estabelecidas. Daí, a distinção entre legislação – criação do direito – e execução – aplicação do direito considerado como simples reprodução. No âmbito da execução, estariam as funções de jurisdição e administração. Elas “parecem, por assim dizer, exteriores ao direito, parecem não criar propriamente direito, mas apenas aplicar, reproduzir um direito cuja criação estaria como que acabada antes delas”<sup>260</sup>.

No entanto, observa Kelsen, que essa ideia de legislação e execução não é exata, porque essas duas funções não se objetam de maneira absoluta, como a criação à aplicação do direito, mas de maneira genuinamente relativa, já que, se as observarmos melhor, será possível verificar que ambas se apresentam, ao mesmo tempo, como um ato de criação e de aplicação do direito. Porém, de toda forma, para Kelsen, legislação e execução seriam funções estatais que funcionariam como etapas ordenadas do processo de criação do direito. Seria como a pirâmide hierárquica das normas: internamente, tem-se início com a Constituição, seguidas das etapas sucessivas, até se chegar ao regulamento e ao demais atos subordinados. Assim, por exemplo, a legislação seria um processo de criação do direito, se

---

<sup>258</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 943, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30-04-2013 PUBLIC 02-05-2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3716117>. Acesso em 05 de agosto de 2015.

<sup>259</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 123-124

<sup>260</sup> KELSEN, Hans. 2003, p. 124.

vista de baixo para cima, mas seria um processo de aplicação do direito, se vista de cima para a baixo, ou seja, corresponderia, também, à aplicação da Constituição. O mesmo ocorre com os atos administrativos e as sentenças judiciais, que podem ser analisados tanto como atos de criação, quanto como atos de aplicação do direito<sup>261</sup>.

A partir dessa concepção de Kelsen, podemos dizer que a dialética da criação-aplicação do direito torna-se, efetivamente, algo relativo, porque, segundo ele: “cada grau da ordem jurídica constitui, pois, ao mesmo tempo, uma produção do direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior”<sup>262</sup>.

Em adição, o direito, no caminho trilhado desde a Constituição até os atos de execução material, não pára de se concretizar. Daí, nasce a ideia de regularidade, que deveria “se aplicar a cada grau, na medida que é aplicação ou reprodução do direito”<sup>263</sup>. Nessa seara, surge a necessidade de inserir no sistema a jurisdição constitucional, que, para ele, seria “a garantia jurisdicional da Constituição”<sup>264</sup>, ou, em outros termos, o instrumento de garantir a higidez da Constituição. Com efeito, “garantias da Constituição significam (...) garantias de regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis”<sup>265</sup>.

Apesar disso, o que temos, hoje, é um processo de criação e aplicação do direito mais complexo do que aquele que se coloca nessa concepção de garantia de regularidade. As ideias de Kelsen continuam, obviamente, válidas, mas, conforme mencionamos em tópico anterior, as Cortes Constitucionais, frequentemente, apresentam-se como supratribunais e criam ou aplicam o direito “fora e além” do texto.

Para o professor Rui Medeiros, opondo-se às concepções de Kelsen, a atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional estaria em consonância com a valorização da criatividade da função jurisdicional e o “alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui[ria], outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas”<sup>266</sup>.

---

<sup>261</sup> KELSEN, Hans. 2003, p. 125.

<sup>262</sup> Ibidem, p. 126.

<sup>263</sup> Idem.

<sup>264</sup> Ibidem, p. 125.

<sup>265</sup> Ibidem, p. 126.

<sup>266</sup> MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 493-494.

Na argumentação desenvolvida pelo STF, contudo, as inconsistências e fragilidades da tese do “legislador negativo” não são enfrentadas. De fato, a construção teórica *kelseniana* tem sido constantemente utilizada para fundamentar uma atuação mais restritiva no controle de constitucionalidade, associada inclusive ao estabelecimento de limites à interpretação conforme a Constituição.

De certo, o STF vem se posicionando – por meio das chamadas sentenças aditivas já referidas anteriormente – no sentido da inadequação da ideia de legislador negativo para enfrentar problemas relacionados à omissão constitucional. Nessa senda, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, por seu turno, vem lançando em diversos de seus votos a recorrente, porém incisiva tese no seguinte sentido, *verbis*:

(...) é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional<sup>267</sup>.

No entanto, uma análise mais detalhada da jurisprudência da Corte Suprema revela um comportamento ambíguo em relação a esse ponto. Realmente, em diversas decisões tomadas há pouquíssimo tempo<sup>268</sup>, restou sublinhada a impossibilidade da atuação do tribunal

<sup>267</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1351, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006, DJ 30-03-2007 PP-00068 EMENT VOL-02270-01 PP-00019 REPUBLICAÇÃO: DJ 29-06-2007 PP-00031 RTJ VOL-00207-01 PP-00116. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>. Acesso em 07 de agosto de 2015; Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em 06 de agosto de 2015; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334> Acesso em 05 de agosto de 2015;

<sup>268</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592317, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7181942>. Acesso em 08 de agosto de 2015; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 762806 AgR, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 17-09-2013 PUBLIC 18-09-2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4535033>. Acesso em 08 de agosto de 2015; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 402467 AgR, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 10-06-2013 PUBLIC 11-06-2013). Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3962996>. Acesso em 08 de agosto de 2015.

como legislador positivo. Além disso, na forma destacada no tópico anterior, a conversão da súmula 339 na súmula vinculante 37 – que assenta não caber ao judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia - ratificou a postura de *self-restraint* no controle de constitucionalidade, por meio da expressa referência à premissa *kelseniana supostamente* rechaçada.

Frise-se, também, como exemplo da contradição do STF quanto à rejeição da tese do “legislador negativo”, conforme destaca Cristiano Soares Barroso Maia:

(...) a decisão proferida no RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 17/11/2011, por meio da qual foi afastada a aplicação da Lei Complementar no 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa), às eleições gerais de 2010, por violação à anterioridade eleitoral (art. 16 da CR/88). Com efeito, o voto condutor teceu considerações sobre o papel contra-majoritário do tribunal constitucional numa democracia, com forte apoio na visão de Kelsen sobre a relação entre jurisdição constitucional e proteção das minorias num regime democrático, fazendo referência direta à segunda edição (1929) do texto “*Vom Wesen und Wert der Demokratie*” (“Da Essência e Valor da Democracia”). A linha de argumentação seguida parece mais próxima da teorização do legislador negativo, sobretudo quando correlaciona jurisdição constitucional e democracia, ressaltando o papel daquela na imposição de “*limites aos ímpetos da maioria*” e na disciplina do “*exercício da vontade majoritária*” Ainda que não tenha feito menção expressa ao papel do tribunal como “legislador negativo”, a compreensão que subjaz à decisão é de um exercício incisivo, porém menos criativo da jurisdição constitucional, evitando corrigir materialmente o conteúdo da lei. A decisão volta-se ao controle do processo político, se e à medida que houver riscos de violação aos direitos da minoria.<sup>269</sup>

Surge, portanto, o problema de saber até que ponto a atuação do intérprete constitucional permanece legítima. Sabemos que a atividade do intérprete constitucional tem, intrinsecamente, um teor político e, ademais, o papel das mutações constitucionais, que são declaradas pelo intérprete, é curial para a manutenção da ordem constitucional em vigor. Assim, as Cortes Constitucionais são essenciais, até mesmo, para a manutenção da democracia e da organização de poderes.

Finalmente, cumpre assinalar: procuramos, com esse trabalho, expor esse complexo panorama da atividade de interpretação constitucional, particularmente sob a ótica do Supremo Tribunal Federal. A doutrina constitucional Kelseniana, como visto, tenta

---

<sup>269</sup> MAIA, Cristiano Soares Barroso. **A SENTENÇA ADITIVA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE O ESTADO DE DIREITO E SOBERANIA POPULAR**. Dissertação de Mestrado, Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”, 2013, 127 f., p. 92-93.

explicar esse fenômeno a partir da ideia de que o intérprete seria, na verdade, um legislador negativo. Porém, diante das questões arroladas, temos que, justamente, em razão desse caráter de supratribunal que nossa Corte Maior, muitas vezes, ostenta, o intérprete constitucional atua, de fato, como um legislador positivo, como se a Corte estivesse, realmente, acima dos demais poderes estatais, mas, participando, ativamente, do processo de criação e aplicação do direito, sobretudo, numa concepção de construção do direito.

Todavia, a indefinição quanto à obtenção de um posicionamento definitivo, manso e pacífico conduz para o risco de particularismos e de instrumentalização do Direito, uma vez que a autocompreensão do tribunal no que tange ao alcance de suas atribuições permanece fluida, gerando, por vezes, insegurança e instabilidade. Em outras palavras, não se pode categoricamente precisar se o Supremo Tribunal Federal desempenha uma função mais restrita ou mais ampliada no exercício da interpretação constitucional, visto que a Corte altera sua compreensão a depender do contexto. Algumas vezes, recorre-se a Kelsen e sua perspectiva do legislador negativo; noutras, busca-se o apoio daqueles que defendem maior protagonismo na interpretação da Constituição<sup>270</sup>.

---

<sup>270</sup> 93. MAIA, Cristiano Soares Barroso. A SENTENÇA ADITIVA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE O ESTADO DE DIREITO E SOBERANIA POPULAR. Dissertação de Mestrado, Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”, 2013, 127 f., p. 93.

## CONCLUSAO

O presente trabalho monográfico se mostrou apto a alcançar as seguintes conclusões:

De certo, a teoria geral do direito pós-positivista consagrou como paradigma interpretativo a atividade valorativa do intérprete e a sua participação direta na determinação do significado das normas. Portanto, destacou-se ser este fenômeno uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, uma vez que vem sendo gradativamente concedido maior poder aos juízes para que estes possam assegurar maior e melhor gozo dos direitos fundamentais.

Nessa senda, apontamos o conceito de ativismo judicial como o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbiria, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas - conflitos de interesses - e controvérsias judiciais da natureza objetiva - conflitos normativos

Todavia, asseveramos que por maiores que sejam as críticas e a inquietação com os excessos de um suposto ativismo judicial seria em função da criatividade das Cortes Constitucionais e dos operadores dos textos constitucionais que os textos das constituições vem sobrevivendo à ação do tempo e permitindo que sejam reduzidos ao mínimo as sempre desgastantes alterações constitucionais.

Percebemos que a norma jurídica somente adquire normatividade ao se transformar em norma de decisão a ser aplicada aos casos concretos, logo compete aos agentes do processo de concretização um papel fundamental, já que, no fim do processo, eles são responsáveis por colocar a norma em contato com a realidade. E no campo específico da concretização normativo-constitucional, a atuação dos sujeitos concretizadores, no sentido de mediar metodicamente a normatividade, assume uma das suas manifestações mais importantes. Assim, identificamos o resultado do processo de interpretação como a norma do caso concreto.

Averiguamos que o intérprete atua na concretização de valores muitas vezes expressos por meio de princípios o que se configura como novo ideário que emerge da decadência do positivismo e a superação histórica do jusnaturalismo. Apresenta-se, desse

modo, uma nova concepção de direito que leva em conta a sua função social e a sua interpretação.

Preconizamos: os princípios estão, no mais das vezes, contidos no texto da norma, mas, geralmente, apenas pela interpretação se concretizam os valores por trás do texto. O tipo principiológico constante do texto normativo é aberto e estampa valores que precisam ser concretizados, valores que podem não estar redigidos expressamente no texto, no entanto em vista do valor maior da dignidade humana, podem ser facilmente encontrados, declarados ou, ainda, decretados pelo intérprete. Nestas hipóteses, podemos afirmar que o intérprete chega, algumas vezes, a atuar como um legislador positivo.

Oferecemos farta e atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para demonstrar hipóteses nas quais a atividade desenvolvida pela Corte Constitucional foi essencialmente criativa.

Constatamos, todavia, que temos atualmente um processo de criação e aplicação do direito mais complexo do que aquele que se coloca na concepção de garantia de regularidade de Kelsen, assim, as ideias do autor continuam, obviamente, válidas, mas as Cortes Constitucionais, frequentemente, apresentam-se como supratribunais e criam ou aplicam o direito “fora e além” do texto.

Ademais, pontuamos que o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando – por meio das chamadas sentenças aditivas – no sentido da inadequação da ideia de legislador negativo para enfrentar problemas relacionados à omissão constitucional e nessa toada vasta é a jurisprudência da Corte conforme tivemos a oportunidade de analisar na pesquisa.

No entanto, um exame mais detalhado da jurisprudência da Corte Suprema revelou, igualmente, um comportamento ambíguo. Realmente, em diversas decisões tomadas há pouquíssimo tempo, restou sublinhada a impossibilidade da atuação do tribunal como legislador positivo.

E, finalmente, concluímos: a doutrina constitucional Kelseniana tenta explicar a atividade de interpretação constitucional partir da ideia de que o intérprete seria, na verdade, um legislador negativo. Porém, diante das questões arroladas, temos que, justamente, em razão desse caráter de supratribunal que nossa Corte Maior, muitas vezes, ostenta, o intérprete constitucional atua, de fato, como um legislador positivo, como se a Corte estivesse,

realmente, acima dos demais poderes estatais, mas, participando, ativamente, do processo de criação e aplicação do direito, sobretudo, numa concepção de construção do direito.

Todavia, arrematamos: a indefinição quanto à obtenção de um posicionamento definitivo, manso e pacífico conduz para o risco de particularismos e de instrumentalização do Direito, uma vez que a autocompreensão do tribunal no que tange ao alcance de suas atribuições permanece fluida, gerando, por vezes, insegurança e instabilidade. Em outras palavras, não pudemos categoricamente precisar se o Supremo Tribunal Federal desempenha uma função mais restrita ou mais ampliada no exercício da interpretação constitucional, visto que a Corte altera sua compreensão a depender do contexto. Algumas vezes, recorre-se a Kelsen e sua perspectiva do legislador negativo; noutras, busca-se o apoio daqueles que defendem maior protagonismo na interpretação da Constituição.

## REFERÊNCIAS

ALBRECHT, Lourdes Pasa. Princípios e Regras: Diferença em Debate. **Revista Opinião Filosófica**, Porto Alegre, v. 05; nº. 01, 2014, p. 294.

ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis *in* **Revista dos Tribunais**, vol. 868, 2008, p. 53-68.

ANDRADE, Christiano José de. **Hermenêutica Jurídica no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3 ed., rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Hermenêutica constitucional, *in* **Revista de Direito Público**, v. 59/60, 1981, p. 46.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Consultor Jurídico. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica) . Acesso em: 07 de fevereiro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de, O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público –FA.** Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, mar. 2004, p. 3.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 4. Reimpressão, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo, Malheiros, 1994.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**, 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional.** 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3367, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006 PP-00004 EMENT VOL-02225-01 PP-00182 REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029. Disponível em [http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(3367.NUME.%20OU%203367.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(3367.NUME.%20OU%203367.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em 12 de dezembro de 2014, p.16.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança 9611, Relator: Min. VICTOR NUNES, Tribunal Pleno, julgado em 10/06/1963, DJ 25-07-1963 PP-02311 EMENT VOL-00546-02 PP-00503. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=108916> . Acesso em 03 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 38525, Relator: Min. BARROS BARRETO, Primeira Turma, julgado em 11/12/1958, DJ 02-04-1959 PP-\* EMENT VOL-00377-03 PP-00855. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=138657>. Acesso em 03 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592317, Relato: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7181942>. Acesso em 03 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 762806, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 17-09-2013 PUBLIC 18-09-2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4535033>. Acesso em 03 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 402467 AgR, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 10-06-2013 PUBLIC 11-06-2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3962996>. Acesso em 03 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 94016, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/09/2008, DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009 EMENT VOL-02350-02 PP-00266 RTJ VOL-00209-02 PP-00702. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=578258>. Acesso em 04 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 563965 RG, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 20/03/2008, DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-07 PP-01570 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 182-193. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521921>. Acesso em 04 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4374, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013 Relator. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>. Acesso em 04 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212- PP-00049. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em 04 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 06 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 712, Relator: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>. Acesso em 05 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 708, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>. Acesso em 05 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 943, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30-04-2013 PUBLIC 02-05-2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3716117>. Acesso em 05 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1351, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2006, DJ 30-03-2007 PP-00068 EMENT VOL-02270-01 PP-00019 REPUBLICAÇÃO: DJ 29-06-2007 PP-00031 RTJ VOL-00207-01 PP-00116. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>. Acesso em 07 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, Relator: Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em 06 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em 05 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 592317, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7181942>. Acesso em 08 de agosto de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 762806 AgR, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 03/09/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 17-09-2013 PUBLIC 18-09-2013. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4535033>. Acesso em 08 de agosto de 2015;

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 402467 AgR, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-109 DIVULG 10-06-2013 PUBLIC 11-06-2013).

Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3962996>. Acesso em 08 de agosto de 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra : Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Marcia Haydée Porto. **Hermenêutica Constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação**. Florianópolis: Obra jurídica, 1997.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1997.

\_\_\_\_\_. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 137, p. 157-164, jan/mar. 1998.

\_\_\_\_\_. **Repensando a interpretação constitucional**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam. In: **DIREITO PÚBLICO**, ano I, n. 5, p. 31-35, jul./ago./set. 2004.

\_\_\_\_\_. **Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam**. Comunicação apresentada no XXIV Congresso Brasileiro de Direito Constitucional – 15 Anos de Constituição/Os caminhos do Brasil – promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, em São Paulo, nos dias 12, 13 e 14 de maio de 2004.

Disponível em <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/53/30>. Acesso em 25/07/2015.

\_\_\_\_\_. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **A Dimensão Normativa da Interpretação Constitucional**. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/539/987>. Acesso em 23/06/2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Bahia: Juspodivm, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e direitos fundamentais. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (coords.). **Estado de Direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. Malheiros: São Paulo, 2008.

DOUGLAS, William. **STF quis reescrever Constituição**. Consultor Jurídico. 13 maio 2011. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-mai-13/stf-quis-reescrever-constituicao-votar-uniao-homoafetiva>. Acesso em 05 dez. 2013.

DWORKIN, Ronald. **I diritti presi sul serio**. Bologna: il Mulino, 1982.

\_\_\_\_\_. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1995.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERREIRA FILHO, Roberval Rocha (Organizador). **Principais Julgamentos do STF – Supremo Tribunal Federal**. Salvador: Podivm, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras – Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GARCIA, Emerson. **Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática in Leituras complementares de Direito Constitucional. Controle de Constitucionalidade**. CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). Salvador: Podivm, 2007.

HABÈRLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 1988.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2 ed. Coimbra: Arménio Amado Ed., 1962, v. 2.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes/ed. UNB, 1990.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAMY, Marcelo. **A função jurisdicional e a criação do direito**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 15 – jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-15/RBDC-15-211->

[Marcelo Lamy \(As Funcoes Jurisdicionais e a Criacao de Direitos\).pdf](#). Acesso em 10/12/2014.

MAIA, Cristiano Soares Barroso. **A SENTENÇA ADITIVA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ENTRE O ESTADO DE DIREITO E SOBERANIA POPULAR**. Dissertação de Mestrado, Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”, 2013, 127 f.

MÂNICA, Fernando Borges; MENEGAT, Fernando. O fim da Súmula nº 339 do STF: pela devida aplicação do princípio da isonomia. **A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano XXIII, n. 574, v. 23, n. 9, p. 16-20, set. 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

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

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. (Baron de). **O espírito das leis**. Tradução de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. **Revista dos Tribunais**, v. 90, n. 791, set.2001, p. 739-756.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 10 ed., rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

SARMENTO, Daniel Souza. (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais** 1, 2003.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **RAPOSA SERRA DO SOL EXPÕE LIMITES ÀS SENTENÇAS ADITIVAS**. Revista Consultor Jurídico, 7 de março de 2013,8h50. DISPONÍVEL EM: <http://www.conjur.com.br/2013-mar-07/raposa-serra-sol-expoe-limites-producao-sentencas-aditivas>. Acesso em 05 de agosto de 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O juiz e a revelação do direito in concreto. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (coords). **Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao Jurista Mário Moacyr Porto**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.