



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO
PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO CONSTITUCIONAL**

PAULO FREDERICO RODRIGUES PAIVA

**DECISÕES MANIPULATIVAS EM
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:
UM ESTUDO COM FUNDAMENTO NA
FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Brasília – DF

2009

PAULO FREDERICO RODRIGUES PAIVA

**DECISÕES MANIPULATIVAS EM
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:
UM ESTUDO COM FUNDAMENTO NA
NATUREZA CONTRAMAJORITÁRIA DO
ESTADO CONSTITUCIONAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial para obtenção do
título de Especialista em Direito Constitucional, do
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho

Brasília – DF

2009

Não faltou quem dissesse que John Adans não tinha tanto desagrado assim pela idéia de um monarca e seu filho, procurando as estrelas lamentava que os deputados estivessem paralisados pela vontade dos constituintes.

Erza Pound, *Canto XXXVII*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
Parte I: Rigidez constitucional e democracia	
2 Capítulo I: O paradoxo da democracia constitucional	9
2.1 Jurisdição Constitucional e democracia majoritária	9
2.2 Teorias restritivas da jurisdição constitucional	25
2.3 Superação do paradoxo	33
3 Capítulo II: A natureza contramajoritária do Estado constitucional e as funções de sua jurisdição	39
3.1 A natureza contramajoritária do Estado constitucional	39
3.2 Fundamentação objetiva da limitação dos poderes político-majoritários	43
3.3 Função contramajoritária da jurisdição constitucional	45
3.3.1 Consequências históricas da democracia radical	49
3.3.2 Déficit de representatividade na formação da vontade majoritária	50
Parte II: Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade	
4 Capítulo III: Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade	56
4.1 A necessária superação do binômio inconstitucionalidade/nulidade	56
4.2 Técnicas de decisão nas jurisdições constitucionais européias	62
4.2.1 O caso italiano	64
5. Capítulo IV: Decisões manipulativas em controle de constitucionalidade	67
5.1 Conceito de decisões manipulativas	67
5.2 Fundamento técnico-institucional das decisões manipulativas	69
5.3 Funções das técnicas manipulativas	79

5.3.1 Supressão da inconstitucionalidade provocada por omissão legislativa com efeitos discriminatórios	81
5.4 Tipologia	84
5.4.1 Decisões com efeitos aditivos em controle de constitucionalidade: confluências entre as jurisprudências da <i>Corte costituzionale</i> italiana e do Supremo Tribunal Federal brasileiro	85
5.4.2 Decisões aditivas de despesa	90
5.4.3 Decisões manipulativas em matéria penal	95
5.4.3.1 ADPF 54: o problema posto entre nós	95
5.4.3.2 Reserva de lei, princípio da legalidade em matéria penal e rigidez dos direitos fundamentais	98
5.5 Limites teóricos a prolação de decisões manipulativas	109
5.5.1 Limitações materiais a prolação de decisões manipulativas	110
5.5.2 Limitações processuais a prolação de decisões manipulativas	111
5.5.3 A jurisdição constitucional como limite da discricionariedade político-majoritária	113
6. Considerações Finais	118
7. Bibliografia referida	120

INTRODUÇÃO

Há pouco mais de dois séculos, os esforços teóricos acerca do Estado e do direito buscam uma organização política que restrinja o poder de homens sobre homens, vede a oligarquização e faculte poder ao cidadão tanto para influir na formação da vontade política do Estado¹, quanto para ver-se resguardado dela. O princípio da separação dos poderes, o sistema de *checks-and-balances*, o progressivo enrijecimento das constituições e consequente instituição de jurisdições constitucionais especializadas consubstanciam o processo. Esse o âmbito maior em que se insere o presente estudo monográfico. Vacilamos, entretanto, diante de ulterior restrição temática, haja vista a natureza fronteira da matéria problematizada.

Ao abordarmos as técnicas de decisão em controle de constitucionalidade e, em particular, as decisões manipulativas, temos o raciocínio processual interpelado por questões constitucionais estruturantes do Estado, entre as quais se destaca a legitimidade política da jurisdição constitucional e os limites de sua atuação. Assim, apenas seria correta a indicação da área de pesquisa se remetesse-mos tanto ao “direito constitucional adjetivo”², quanto à teoria da constituição³. De fato, embora a pesquisa concentre-se em um grupo específico de técnicas de decisão em controle de constitucionalidade, vê-se perpassada por indagações acerca da própria natureza do Estado Constitucional de direito, e, logo, da natureza e das funções da jurisdição que lhe garante a incolumidade⁴. Deixemos assentado, por isso, que as sentenças manipulativas (e, em particular, as proferidas em matéria penal e prestacional/orçamentária) figuram como objeto último e específico do trabalho, entretanto, a definição temática deve ser aceita sem se olvidar que o acesso a tal

¹ Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 119.

² Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 719.

³ Antonio Ruggeri, *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/teoria_generale/ruggeri2.html, acesso em: 25.11.2008, item nº 1: “Carta e Corte, in questa diffusa ed accreditata rappresentazione, finiscono per essere, a conti fatti, una sola cosa, accomunate da uno stesso, inseparabile destino: nella seconda specchiandosi la prima, nelle sue concrete fettezze, nei suoi modi di essere e di divenire (*omissis*) È, tuttavia, da chiedersi *quale* Costituzione venga a farsi valere per il tramite della giustizia costituzionale o – il che è praticamente lo stesso – quale teoria della Costituzione finisca con l’affermarsi, per il solo fatto che la Carta vada – come dire? – a rimorchio della Corte”.

⁴ Acerca desse ponto, ponderou Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 226, que o estudo de tais espécies de sentenças nos conduz “inevitavelmente a plantear el ‘status’ del Tribunal Constitucional y las efectivas relaciones de la Corte con el poder legislativo”.

objeto dar-se-á a partir de um determinado postulado sobre a natureza do Estado Constitucional e a função da sua jurisdição, ou seja, a partir de um referencial teórico que não se mostra independente de ponderada fundamentação.

*

A escolha do objeto justifica-se, *ab initio*, pela existência de uma lacuna na literatura nacional sobre as técnicas de decisão em controle de constitucionalidade⁵, não obstante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal contar com numerosos casos em que a interpretação conforme a Constituição, levada a termo pela Corte, acabou por gerar efeitos, inclusive, aditivos⁶. Advoga, assim, pela pertinência do trabalho, o fato de o pesquisador nacional encontrar-se adstrito à doutrina estrangeira⁷. A pesquisa justifica-se, ainda, por força da repercussão política gerada por técnicas de decisão que, em controle de constitucionalidade, não se submetem ao binômio inconstitucionalidade/nulidade *ex tunc*. Zagrebelsky, por exemplo, ressaltou que tal instrumental pode levar o Tribunal “muito além da regra legislativa que instituiu a jurisdição constitucional”⁸, e Guastini alertou para o perigo de uma “superinterpretação” da Constituição terminar no esgotamento do espaço de discricionariedade legislativa⁹. Conviria anotar, por fim, que uma pesquisa específica sobre os efeitos normativos suscitados por técnicas de decisão em controle de constitucionalidade mostra-se, hoje, permeada por uma importância prática. Por ocasião da decisão da ADPF-QO nº. 54, o tema dos efeitos normativos nas decisões da Corte veio à balha de forma marcante¹⁰, exigindo estudos doutrinários que lhes definam o fundamento, a tipologia, os limites e, principalmente, as condições de possibilidade.

⁵ São exceções, por exemplo - além dos muitos livros e artigos do Professor Gilmar Mendes -, Nobre Júnior, *Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo*, disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_170/R170-08.pdf, acesso em 14.10.2008 e Luiz Heck, *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁶ Exemplificativamente, ADI nºs. 3324, 3046, 2652, 1946, 2209, 2332, 2084, 1797 e 2087.

⁷ É na doutrina italiana que o pesquisador encontra o maior número de estudos acerca do tema, cf., v.g., Adele Anzon, *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81*, Milano: Giuffrè Editore, 1993; Roberto Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano: Guffrè Editore, 1992; Carlo Colaprieto, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte Costituzionale*, Pisa: Pacini Editore, 1990 e Giusi Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano: Giuffrè Editore, 2006.

⁸ Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna: Società editrice il Mulino, 1977, p. 368.

⁹ Riccardo Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino: Giappichelli Editore, 2001, p. 158.

¹⁰ Na ocasião, v. g., a Ministra Ellen Gracie venceu posição segundo a qual os efeitos aditivos do possível acolhimento e provimento da arguição representariam “uma ruptura de princípios basilares, como o da separação de poderes e a repartição de competências entre eles”, sendo acoimada a pretensão, por consequência, de antidemocrática. Cf., ADPF-QO 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ de 31.08.2007, p.

Contando com a delimitação temática e a justificação arroladas como supedâneo, possível a enunciação do problema que pretendemos esclarecer: *partindo do postulado da natureza contramajoritária da jurisdição constitucional, estariam os tribunais constitucionais legitimados a prolatar decisões manipulativas com efeitos aditivos em matéria penal e orçamentária?*

O problema implica outros que devem ser previamente resolvidos: qual a natureza da jurisdição constitucional? Quais as consequências políticas da multiplicação de técnicas de decisão em controle de constitucionalidade? A prática jurisprudencial, nacional e estrangeira, demonstra um histórico normativista que torne a pergunta plausível? Fácil prever que da recusa ao postulado só poderá advir a cabal rejeição das sentenças normativas em geral, e, com mais razão, daquelas prolatadas em matéria penal ou orçamentária. Prolífico o campo de possibilidades, entretanto, quando o postulado supere o juízo de admissibilidade, hipótese que nos colocará diante da questão dos limites do poder normativo da jurisdição constitucional. Poder-se-á advogar por limites na extensão e natureza da norma, restringindo as aditivas de normas e facultando as aditivas de princípio. Existem propostas, ainda, no sentido de restringir a eficácia *erga omnes* ao trecho anulatório da sentença, restando aos efeitos aditivos o âmbito jurídico *inter partes*¹¹. Por fim, admitindo-se a ingerência normativa da jurisdição constitucional em matéria penal, produtiva discussão pode desenrolar-se sobre se sua competência alcançaria também os efeitos incriminatórios, ou se somente autorizaria efeitos *in bonam partem*. Tais respostas são todas possíveis para um problema que, mesmo em face de sua complexidade, teórica e prática, não logrou despertar na doutrina nacional um interesse definitivo.

**

A principal premissa que escora o raciocínio a ser desenvolvido é abordada, na Parte I, como um problema, a saber, se o Estado Constitucional e sua jurisdição têm natureza contramajoritária e se de tal natureza poder-se-ia extrair um poder normativo e seu consequente arcabouço técnico-decisório. Após a exposição das críticas mais enfáticas à jurisdição constitucional e à prolação de decisões manipulativas em

187. Votaram no mesmo sentido, manifestando preocupações similares as da Ministra, os Ministros Eros Grau, César Peluso e Carlos Velloso.

¹¹ Tal entendimento restritivo do fenômeno manipulativo congrega vozes importantes da doutrina italiana, cf., para tanto, Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., pp. 271-276.

controle de constitucionalidade, terminamos por concluir que a flexibilidade dos meios decisórios das cortes constitucionais apresenta-se como condição de possibilidade para a incidência universal das garantias fundamentais. Sem tal maleabilidade, a reflexão acerca dos instrumentos processuais obstativos do avanço das maiorias legislativas sobre os direitos fundamentais restaria comprometida. O postulado teórico que imanta e sustenta este estudo monográfico está, portanto, na afirmação da viciosidade do raciocínio que exige da jurisdição constitucional uma legitimidade majoritária. Tal equívoco só restará superado ao demonstrarmos plausíveis as teses contrárias, significa dizer, que a jurisdição constitucional encontra toda a sua legitimidade na constituição que a institui¹², e que a função de manter-lhe a soberania (e a normatividade) é exercida, em grande medida, contra os Poderes político-majoritários¹³.

Com arrimo em tais considerações, terminamos por firmar o significado do constitucionalismo rígido e de sua jurisdição: uma superação institucional do legalismo e da proeminência política do legislativo¹⁴. Tal substituição da “ideologia francesa da onipotência da lei”¹⁵, pela ideologia da normatividade e submissão universal aos direitos fundamentais implica, necessariamente, uma nova compreensão política acerca da função da jurisdição constitucional, bem como a busca de instrumentos processuais e decisórios adequados a tal função. O primeiro desses pontos refere-se ao tema versado na Parte I do texto, o seguinte é o objeto principal do presente estudo monográfico, a ser desenvolvido nos capítulos contidos na Parte II. Partindo dessa visão institucional do Estado Constitucional de direito, o que pretende a pesquisa é uma “acomodação tolerável entre a

¹² Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, New Haven: Yale University Press, 2004, p. 30: “The checking power must find own justification, particularly in a system which, in a number of important ways, offers prodigious political safeguards to the minority”.

¹³ Cf., nesse sentido, Jon Elster, *et al.*, *Constitutionalism and democracy*, New York: Cambridge University Press, 2003, p. 7: “Constitutionalism fights a two-front war: against the executive and against the legislative branches of government”. Cf., ainda, Jesse Choper, *Judicial review and the national political process*, Chicago: University of Chicago Press, 1983, p. 61, que entende a Constituição como “a mass of anti-majoritarian imperatives”.

¹⁴ Dominique Rousseau, *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/rousseau.html>, acesso em: 09.01.2008, trecho do intróito: “Ogni ingegneria del potere, ogni organizzazione nuova del potere, ogni creazione di una nuova istituzione dà vita ad un nuovo linguaggio in linea con la nuova relazione di potere”. No mesmo sentido, Martin Shapiro, *et al.*, *On law, politics & judicialization*, New York: Oxford University Press, 2002, p. 166: “Rule of law comes mean not the rule of any law but the rule of good law end ‘good’ in some sense beyond and above the immediate and particular purposes of those in political authority”.

¹⁵ Gilmar Mendes, *et al.*, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65.

teoria e a prática da democracia”¹⁶, a ser conseguida através dos instrumentos e técnicas de controle postos a disposição das jurisdições constitucionais.

Antes da definição obrigatória do tipo e técnicas de pesquisa dos quais nos valemos para confecção do trabalho, avultam necessárias algumas considerações filosófico-metodológicas mais gerais. Todo o escopo deste estudo monográfico foi alcançado com o método dialético, estruturado por via indutiva e, nunca, dedutiva. O método justifica-se, pois o campo em que transcorre o principal do argumento mostra-se prolífico em radicais oposições: leituras procedimentais e substanciais acerca das constituições mutuamente excludentes¹⁷, aceitação e radical negação do poder normativo das cortes constitucionais. Logo, a busca da síntese entre tais posturas ou a prevalência de um dos pólos partiu da prévia configuração das posições antinômicas, que, em nosso entendimento, não poderia derivar senão da empiria constitucional, ou seja, da consideração das posições doutrinárias e das decisões prolatadas no âmbito das jurisdições constitucionais enfocadas, enquanto evidências concretas conformadoras de posições teórico-políticas específicas. Agindo assim, embora não tenhamos pretendido um trabalho de direito comparado, pensamos obedecer ao mandamento de Guerra Filho:

Não devemos reduzir à ordem jurídica vigente em determinado país, numa certa época, a base empírica, que afinal vai se prestar à verificação (ou negação) das hipóteses levantadas para estudo, e assim, fornecer algo indispensável para credenciá-lo como científico. Compõem, igualmente, a empiria jurídica, soluções dadas por ordens jurídicas e doutrinas de outras épocas e países, aos problemas colocados em face do Direito positivo estudado, desde que se mostre com ele compatível¹⁸.

¹⁶ Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, cit., p. 28.

¹⁷ É importante notar que a opção entre as leituras substancial ou procedimental da Constituição só se faz em teoria, na atualização diária de constituições que disciplinam o processo político-formal e, ao mesmo tempo, consagram direitos subjetivos, elas precisam coexistir. Nesse sentido, ponderou Augusto Cerri, *Concezioni proceduralistiche e concezioni sostanzialistiche della Costituzione nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, disponível em:

<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200210/cerri.html>, acesso em 14.10.2008, item nº 1.4: “Le due letture del testo costituzionale si legano, come è ovvio, a due diversi modi di intendere il “compromesso” che ne è all’origine, come programma comune o come rete di reciproche garanzie; inevitabilmente, in parte, coesistono, perchè comunque questo lo si voglia concepire, contiene elementi di rigidità ed anche spazi ulteriori per lo svolgimento di un processo politico fondato sulle elezioni e, dunque, sul principio di maggioranza; e, tuttavia, finisce con l’essere inevitabile che l’una lettura conduca ad una minore valorizzazione degli elementi che l’altra lettura invece pone in primo piano (e viceversa)”.

¹⁸ Willis Guerra Filho, *Processo constitucional e direitos fundamentais*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 36. No mesmo sentido, Nobre Júnior, *Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo*, cit., pp. 183-184: “De logo se conclui que não se pode esquecer a importância do estudo do direito comparado, a qual,

O tipo de pesquisa que nos guiou foi o dogmático-instrumental, porque o método dialético foi posto em movimento como instrumento “no mundo”, conglobando, em face das especificidades teórico-políticas do objeto, duas de suas modalidades: doutrinária e jurisprudencial. De tais modalidades de pesquisa derivaram, por coerência, igual dualidade de técnicas de pesquisa, tendo-se feito necessárias a técnica bibliográfica e a documental. Desdobrou-se, por sua vez, essa última, em dois procedimentos específicos de pesquisa, quais sejam, a análise qualitativa da jurisprudência e a análise de precedentes.

Finalmente, com o escopo de prevenir possíveis equívocos, cumpriria ressaltar aquilo que esta pesquisa não abrigou como um de seus objetivos. Nesse sentido, deixemos desde já assentado que a função contramajoritária da jurisdição constitucional não é tratada como seu escopo único, e nem mesmo, talvez, o principal¹⁹, haja vista a natureza bifronte do juízo de constitucionalidade que conduz a Corte, não raro, à confirmação da opção político-majoritária. De fato, resguardados contra os extremismos, o que pretendemos com este trabalho é oferecer um panorama, doutrinário e jurisprudencial, construído através do estudo da experiência nacional e estrangeira, acerca do desenvolvimento das técnicas de

esvaindo-se bem mais além do deleite intelectual, desemboca, como frisa Ivo Dantas, na finalidade profissional, afeiçoada à técnica e política jurídicas, ou mesmo política legislativa, no sentido de pôr à disposição dos operadores do direito, para uma melhor compreensão, os institutos existentes em outros ordenamentos, principalmente quando recepcionados pelo sistema nacional”; e Roberto Bin, *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge*, disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/bin.html>, acesso em: 26.04.2009, item nº 7: “Lo scambo di modelli in un’attività intellettuale di alto livello non può conoscere limitazioni ed esclusioni in base alla logica gerarchia del ‘sopra’ e del ‘sotto’, o del ‘dentro’ e del ‘fuori’, riferendomi sia ai rapporti tra giurisprudenza e dottrina sia alla contrapposizione tra gli ‘atti’ di produzione ‘nationale’ che i ‘fatti’ di importazione estera”. Por fim, e mais especificamente, Pierre Avril, *et al.*, *La création du droit par le juge*, Paris: Dalloz, 2007, p. 10: « Mais aujourd’hui, dans nos démocraties, quelle est la source de la légitimité du pouvoir des juges de contribuer à ce que Portalis appelait ‘ce vrai supplément de la législation’ ? Cela aussi est discuté des différents pays ».

¹⁹ Martin Shapiro, *et al.*, *On law, politics & judicialization*, cit., p. 161: “Successful constitutional courts essentially engage in two rather different sorts of jobs. One is to referee boundary disputes between parts of government in constitutional systems that divide powers among parts of government. The other is to sustain ‘rights’ against invasion by government action and/or-perhaps-inaction”. Acrescentando à página 183: “So in division of powers matters there is a big reason not to abolish constitutional courts. The elimination of judicial review would necessitate a total restructuring of the constitution. A rights court is far more dispensable than a division of powers court. Without a rights enforcer a democratic government can go on. A rights court must be even more prudent than a separation of powers court. A constitutional court that is both a rights and a division of powers court is in best position because, even if its decisions along one of these two dimensions engenders majority opposition, its institutional integrity may be defended by those who want it to act along the other”.

decisão em controle de constitucionalidade e suas consequências para o equilíbrio institucional nas democracias contemporâneas.

CAPÍTULO I: O PARADOXO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

1 Jurisdição constitucional e democracia majoritária

Não parece mais haver espaço doutrinário para a reedição da polêmica que opôs Schmitt e Kelsen²⁰, sendo possível supormos transitada em julgado a discussão sobre a conveniência das jurisdições constitucionais²¹. O fato mesmo, porém, parece nos colocar diante de um oxímoro, já que não é de todo imprópria a ponderação segundo a qual ou bem estamos em um regime no qual o povo é soberano, exercendo ilimitadamente o poder político na conformação de seu futuro, ou bem sua soberania é mitigada por um controle garantidor das formas constitucionais, dos direitos e liberdades fundamentais do homem. A consciência de que a democracia constitucional repousa sobre um paradoxo²² encontrou formulação incisiva nas palavras de Cappelletti: “confiar a juízes isentos de responsabilidade a função de controle dos homens políticos que são responsáveis diante da nação”²³ não deixa de parecer paradoxal.

²⁰ Cf. Hans Kelsen, *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, in: *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²¹ Cf., Vital Moreira, *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, in: Tribunal Constitucional, *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 177-178: “Cento e noventa anos passados sobre *Marbury v. Madison* (1803); mais de setenta anos decorridos desde a criação do Tribunal Constitucional austríaco (*omissis*) será que tem ainda sentido questionar a legitimidade da justiça constitucional em geral e a do Tribunal Constitucional em particular, nomeadamente à luz do princípio da maioria? (*omissis*) A existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo se confiada a um tribunal específico, parece ter-se tornado nos tempos de hoje num requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos. A jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático”. No mesmo sentido, Elena Malfatti, *et al.*, *Giustizia costituzionale*, Torino: Giappichelli Editore, 2007, pp. 297-298: “La giustizia costituzionale è oggi ritenuta, quasi unanimemente, come un elemento essenziale delle democrazie contemporanee e come un valore connaturato allo stato costituzionale, in quanto fondato sulla tutela dei diritti fondamentali e sulla sottoposizione della sfera politica a canoni costituzionali garantiti dalla presenza di un controllo di tipo giurisdizionale. In tal senso so è parlato della giustizia costituzionale come di un ‘valore costituzionale comune’ e come un correttivo della forma di governo parlamentare”. Cf., ainda, André do Vale, *Intercâmbio e cooperação internacional entre órgãos de jurisdição constitucional*, disponível em: <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/352/387>, acesso em 04.12.2008, p. 4, que, por sua vez, nos dá notícia que a Conferência Europeia de Cortes Constitucionais, que contava com “apenas quatro países – Alemanha, Áustria, Itália e Iugoslávia –, já é composta atualmente por 39 membros”.

²² Michel Rosenfeld, *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, disponível em: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2004_n4/mono_M_Rosenfeld.pdf, acesso em: 14.09.2008, p. 119. Em sentido análogo, mas apresentando a superação do problema, cf., Alfonso Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/tecniche_costituzionalismo/index.html, acesso em: 03.11.2008, item n.º. 7: “potrebbe concludere che è nella vocazione del costituzionalismo creare ossimori, limitando poteri accreditati come assoluti”.

²³ Mauro Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, Paris: Economica, 1990, p. 272.

Com todas as perplexidades que o tema pode suscitar, precisamos enfrentar o fato de que vivemos sob ordens constitucionais que consagram o controle de constitucionalidade e afirmam, ao mesmo tempo, estarem fundadas no princípio da soberania popular. Resta-nos, assim, a opção entre “conciliar a justiça constitucional com esse princípio”²⁴ ou redefini-lo²⁵, por ter sido tolhido em seu significado original pela superveniência de constituições rígidas, dotadas de órgãos constitucionais de jurisdição²⁶ que atuaram em sua defesa de forma marcadamente contramajoritária^{27/28}.

*

A rigidez da Constituição e suas consequências animam, desde a Revolução francesa, os debates acerca do equilíbrio entre os poderes na democracia constitucional e extensão da soberania interna, sendo seu estudo, assim, mister para a compreensão e possível superação do paradoxo institucional delineado acima.

²⁴ Nesse sentido, Michel Troper, *Por una teoría jurídica del Estado*, Madrid: Editorial Dykinson, 2001, p. 311.

²⁵ José Brito, *Jurisdição constitucional e princípio democrático*, in: Tribunal Constitucional, *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, cit., p. 40, a esse respeito, escreveu: “As limitações do princípio maioritário não são necessariamente contraditórias com este princípio e podem ser exigidas pelo princípio democrático. Mas então será necessária uma outra concepção deste princípio”. Também assim Dominique Rousseau, *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, cit., trecho do intróito: “la giustizia costituzionale produce un nuovo linguaggio, una nuova rappresentazione della democrazia”.

²⁶ Nesse sentido, Francesc Pau i Vall (coord.), *Parlamento y justicia constitucional*, Barcelona: Editorial Aranzadi, 1997, p. 45, v. g., opina que a autonomia parlamentar não poderá fundar-se “en la separación de poderes en su concepción originaria, que ha sido corregida por la doctrina del Estado de Derecho y la sumisión de todos los poderes a la ley (obviamente a la Constitución) y al control jurisdiccional”.

²⁷ Afirmação mais verdadeira para o contexto europeu que para o americano. Para tanto, cf., Richard Bellamy, *Political constitutionalism: a republican defense of the constitutionality of democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 11: “Continental European courts have been even more proactive than US Supreme Court, with French, Italian and German courts invalidating more national laws in the past thirty years than it has over the course of its entire history”.

²⁸ Não deve prosperar, a nosso sentir, a tese segundo a qual não há controle da vontade popular por um órgão não eletivamente legitimado, mas uma declaração de que a vontade popular não foi expressa pela lei. E isso porque a tese pressupõe que a operação de controle seja neutra e exercida em relação a um *standard* fixo. “Si – ponderou Michel Troper, *Por una teoría jurídica del Estado*, cit., p. 314 -, al contrario, el standard no es un standard fijo sino que el controlador lo modela según su propia voluntad, entonces la operación de control debe ser considerada como el examen que ejerce una voluntad sobre otra voluntad (*omissis*) Por eso vuelve a ser necesario encontrar una forma de conciliar justicia constitucional y democracia”. Como exemplo do entendimento criticado aqui, cf., M^a Blasco Soto, *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1995, p. 331: “Cuando el órgano jurisdiccional declara la nulidad de una ley por inconstitucionalidad, no está limitando el poder, sino asegurando que los límites del poder se ‘cumplen’. Cabría decir pues, que el control se realiza sobre un poder condicionado y no como entienden algunos, condicionante del legislativo”.

A retirada de determinadas decisões do âmbito flutuante da legislatura ordinária é o que diferencia a democracia constitucional da “democracia jacobina”²⁹, recalitrante ao controle de constitucionalidade das leis. Na verdade, a rigidez constitucional foi combatida frontalmente por parcela significativa da filosofia política moderna. O artigo 28 da Constituição de 24 de junho de 1793, denominada Constituição Jacobina, positivou o argumento corrente: “Um povo resguarda o direito de renovar, de reformar e de mudar de Constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”³⁰. Juntos, o rechaço à rigidez constitucional e a desconfiança em relação aos juízes³¹ concorreram para a prevalência de uma concepção da lei quase mítica³² e, de

²⁹ Francisco Segado, “*Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges*”. *Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)*, in: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 1^{er} semestre, Madrid: UNED, 2007, p. 51. Cf., ainda, Alfonso Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, cit., item n.º 5: “il secolo e mezzo che separa gli eventi di fine '700 dalla conclusione della seconda guerra mondiale sono serviti al costituzionalismo europeo non solo per introiettare il potere e tutelare le libertà, passando dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto”.

³⁰ *Constitution du 24 juin 1793*, in: Maurice Duverger, *Constitutions et documents politiques*, Paris: Presses Universitaires de France, 1974, p. 72. O artigo apenas assentia à posição da doutrina, assim, Jean-Jacques Rousseau, *Do contrato social*, São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 120: “Suponho, neste ponto, o que creio ter demonstrado, isto é, que não há no Estado nenhuma lei fundamental que não possa ser revogada, nem mesmo o pacto social”. Cf. para a posição, semelhante, de Sieyes, Francisco Segado, “*Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges*”. *Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)*, cit., p. 68 e, de forma mais aprofundada, Lucien Jaume, *Constituent power in France: the revolution and its consequences*, in: Martin Loughlin, et al., *The paradox of constitutionalism*, New York: Oxford University Press, 2007, pp. 68-73.

³¹ Destacou Sieyes, *apud* Francesc Pau i Vall (coord.), *Parlamento y justicia constitucional*, cit., p. 44: “los abusos del poder judicial, tan frecuentes y tan temibles en todas estas partes donde los pueblos no son juzgados por sus iguales”. Montesquieu manifestava o mesmo estado de espírito, porém, com temperamentos que nem sempre são observados por seus leitores, a esse respeito, escreveu Sadok Belaid, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, Paris: L.G.D.J., 1974, pp. 43-4: « Montesquieu est toujours préoccupé par la recherche d'un contre-poids efficace à tout pouvoir qu'il institue. Dans la deuxième partie du cha. VI, L XI, il parle du Pouvoir législatif dans ses rapports avec le Pouvoir exécutif. Il se rend compte de la nécessité d'instituer entre ces deux Pouvoirs 'une puissance réglante pour les tempérer' (*omissis*) l'école classique est d'avoir étendu abusivement à toutes les décisions juridictionnelles les réflexions que Montesquieu limitait à une seule catégorie de jugements: les jugements en matière criminelle ».

³² Jean-Jacques Rousseau, *Do contrato social*, cit., p. 63: “O Legislador, sob todos os aspectos, é um homem extraordinário no Estado. Se o deve ser pelo gênio, não o será menos pelo ofício. Este não é magistratura, nem é soberania. Tal ofício, que constitui a república, não pertence à constituição, por ser uma função particular superior que nada tem de comum com o império humano”. Do que a doutrina francesa, compilada por Sadok Belaid, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, cit., pp. 76, soube tirar as consequências: « La loi est pour lui 'le reflet d'un ordre transcendant'. Et ce caractère divin de la loi ne doit pas se trouver altéré ni dénaturé par l'intervention de l'homme, grâce à cette volonté ne saurait éter arbitraire ou injuste, car elle est icteé par la Raison. On a ainsi réussi... à indentifier le droit et la Raison'. C'est conception qui a été intégralement reprise par les penseurs révolutionnaires de 1789. La loi reste pour eux, l'expression de la Raison. Elle dérive, non pas de l'arbitraire des volontés mais de la nature des choses. M. le Prof. Burdeau l'a excellement résumé en ces termes: 'La loi est conque comme l'expression de la Raison, la Raison identifiée à la volonté générale, la volonté générale distinguée de la volonté populaire'». No mesmo sentido, Henri De Page, *A propos du gouvernement des juges*, Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1931, p. 184: « Un

qualquer modo, indiscutível³³. Por isso, concluiu Rosenfeld, “a proteção dos direitos fundamentais era garantida na Declaração de 1789, mas essa proteção era política ao invés de jurídica”³⁴.

Como já foi observado, o dogma da lei como vontade geral, que praticamente exige o legislador de qualquer obediência à Constituição, não faz mais que converter a máxima de que “todo o direito decorre da vontade do monarca” em sua versão pós-revolucionária, mas ainda absolutista: “todo direito decorre da vontade da maioria da Assembleia nacional”³⁵. Traçando uma distinção fundamental entre os sistemas jurídico-políticos derivados das revoluções do Século XVIII, Di Giovine afirmou que apenas a americana fez “da constituição ‘o fim e o final’ da revolução”, no que contrasta com o regime francês, “no qual o poder revolucionário-constituente não se exaure”, ao contrário, mergulha em um espiral no qual “uma ‘série de constituições são redigidas, adotadas,

régime qui place la loi au premier rang des sources de droit se doit, au premier titre, d’avoir des lois bien faites. Il suppose un minimum de mesures destinées à garantir la parfaite confection des lois. De ce point essentiel, le XIXe siècle n’ut cure. La loi vaut moins par elle-même que par l’excellence de son auteur. Elle tire son fondement, non de sa valeur intrinsèque, mais du caractère sacré du pouvoir qui l’édicte. La vertu de commandement, non seulement prime toute autre considération technique, mais l’absorbe ».

³³ Georges Vedel, *Droit Constitutionnel*, Paris: Sirey, 1984, p. 477, v. g., definiu o legislativo como “d’une essence et d’une majesté particulières, qu’il ne se définit point comme une compétence parmi d’autres, mais comme l’expression même de la souveraineté”. Cf., ainda, Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l’État*, apud, Sadok Belaid, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, cit., pp. 17-18 : “l’autorité juridictionnelle était placée dans une position de subordination et infériorité absolue vis-à-vis du législateur, étant tenue d’appliquer, sans résistance possible, tous les décrets de celui-ci, même contraires à la Constitution”.

³⁴ Michel Rosenfeld, *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, cit., p. 138.

³⁵ Jean-Jacques Rousseau, *Do contrato social*, cit., p. 127: “do cálculo dos votos se conclui a declaração da vontade geral”. Cf., sobre esse ponto, Christian Starck, *La legitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité*, in: Tribunal Constitucional, *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, cit., p. 61. No mesmo sentido, Francisco Segado, “Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges”. *Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)*, cit., p. 68: “Sieyes no hacía sino trasladar a la nación, declarada soberana, la aplicación del principio, afirmado por Bodino y conservado en vigor hasta el fin del monarquía del Antiguo Régimen, según el cual el príncipe, como soberano, se halla *supra leges* y queda *legibus solutus*”. O paralelo entre a monarquia absolutista de Hobbes e a democracia absolutista de Rousseau é autorizado pelos estudos de filosofia política, cf., v. g., Renato Ribeiro, *A Última Razão dos Reis*, São Paulo: Cia. das Letras, 1993, p. 102: “para haver o Estado, no qual o poder supremo se aloca a alguém (indivíduo ou assembleia), que se diz soberano na medida exata em que tudo pode decidir e, portanto, não apenas julgar, não só interpretar – mas mudar tudo. A condição para a Revolução, para 1789, está na teoria da soberania: do Leviatã não sai apenas o Estado absoluto e o monarca absolutista, sai o poder revolucionário e jacobino” e Ugo Pagallo, *Alle fonti del diritto: mito, scienza, filosofia*, Torino: Giappichelli Editore, 2002, p. 118: “per una certa tradizione di pensiero che da Hobbes e Rousseau giunge ai giorni nostri, il concetto di sovranità è caratterizzato dal fatto di non avere, per definizione, limiti”.

suspensas, aplicadas e violadas’: não por acaso se diz que aos franceses se deve a teoria do poder constituinte e aos americanos a sua prática”³⁶.

Como uma forma de expurgar do sistema democrático o germe absolutista presente em sua própria lógica é que se justifica a rigidez constitucional. Há muito, a questão foi campo para o embate entre Jefferson e Madison, ocasião em que este argumentou que “amarras não são necessariamente uma forma de paralisia”, pois as “restrições podem promover a liberdade”³⁷. Elster expõe, com vagar, a posição de Madison:

Madison não deseja isolar as normas maiores de toda crítica e reforma; ele não advogava por uma constituição imutável. Ele apenas queria tornar o processo de emendas complicado e demorado, requerendo não apenas uma simples maioria, mas uma sequência de maiorias extraordinárias em vários órgãos durante um período de tempo. Em outras palavras, ele buscou uma permanência relativa, não absoluta. Pois acreditava que isso desencorajaria tentativas frívolas de alterar a constituição (*omissis*) encorajando o processo democrático de barganhas e aprendizado mútuo³⁸.

Por fim, caberia ponderar que as “gerações humanas não saltam de um estágio para outro sucessivamente, como é o caso do bicho-da-seda ou das borboletas”, evidenciando-se que “fechar as portas para os compromissos de nossos predecessores é impraticável, porque membros de cada nova geração precisam coexistir com os sobreviventes das gerações anteriores”³⁹.

Superada a doutrina acerca da flexibilidade da Constituição, e para além do absolutismo inerente ao modelo institucional que exsurge do ambiente revolucionário francês⁴⁰, toda a credibilidade do sistema legalista ruiu quando o princípio da separação de

³⁶ Alfonso Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, cit., item nº. 2.

³⁷ *Apud*, Jon Elster, *et al.*, *Constitutionalism and democracy*, cit., p. 215.

³⁸ Jon Elster, *et al.*, *Constitutionalism and democracy*, cit., p. 218.

³⁹ Jon Elster, *et al.*, *Constitutionalism and democracy*, cit., p. 221. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta, 2008, p. 594 também parece confundir as gerações humanas com as dos insetos: “La generación presente se siente responsable del destino de las generaciones futuras, mientras que el modelo que pudieron representar las generaciones pasadas pierde su carácter vinculante”.

⁴⁰ Francisco Segado, “*Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges*”. *Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)*, cit., p. 48: “la teoría del contrato social excluye completamente el concepto de derechos individuales intangibles frente al legislador, y ello, al menos, por dos razones: la primera, por la completa absorción del individuo por la comunidad (*Contrato Social*, Capítulo VI del Libro primero) (*omissis*) La segunda, porque

poderes foi esvaziado⁴¹, por um lado, graças à migração contínua do poder de legislar de volta para a autoridade administrativa e, por outro, pela instauração de dezenas de cortes constitucionais situadas fora e acima dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário⁴².

Quanto ao contínuo processo de expansão da função normativa da administração pública⁴³, seria conveniente destacar sua ínsita inclinação para o arbítrio da maioria. A força político-majoritária que se expressa por meio dos instrumentos normativos do Executivo é acompanhada de um déficit democrático acentuado, pois burla a possibilidade de discussão parlamentar da disciplina, burla a necessidade de negociação com as minorias parlamentares. Daí porque Rescigno definiu como “abissal”, do ponto de vista da legitimidade, a diferença entre lei e regulamento, explicando que

a lei formal é discutida e deliberada em público, por todos os representantes da vontade popular (sempre que o sistema eleitoral seja efetivamente representativo), enquanto o regulamento é elaborado e decidido em segredo, apenas pelo expoente da maioria em concurso, quase

en todo caso la reglamentación de los derechos individuales y también su modificación extensiva o restrictiva dependen siempre del soberano, que en la teoría rousseauiana no es otro que el legislador”.

⁴¹ Vital Moreira, *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, cit., p. 179: “Os dois dogmas em que tradicionalmente se baseava a contestação da legitimidade da fiscalização judicial da constitucionalidade – ou seja, a soberania do parlamento e a separação de poderes, ambos expressão da prevalência do princípio da maioria – deixaram de ter, em grande parte, correspondência nas realidades político-constitucionais contemporâneas”. No mesmo sentido, Pasquale Costanzo, *Legislature e Corte costituzionale: uno sguardo d’insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant’anni di attività*, disponível em: <http://www.giurcost.it/org/studi/CostanzoLanzarate.htm>, acesso em 21.12.2008, item 3: “in fondo non esistono funzioni ontologicamente proprie dei vari poteri ed organi, che finiscono per trovare tutti nella Costituzione rigida il titolo delle loro attribuzioni”.

⁴² Mesmo em seu último reduto, a democracia puramente majoritária não mais pode ser encontrada. Nesse sentido, Martin Shapiro, *et al.*, *On law, politics & judicialization*, cit., p. 151: “France clearly adopted review in the face of a somewhat hostile political culture precisely because in the Constitution of the Fifth Republic it has chosen to move from parliamentary sovereignty to a system of dividing power between parliament and presidency. The Constitutional Council is invented for no other purpose than to patrol the boundary between the two”. Cumpre anotar, ainda sobre o sistema constitucional francês, que, após a Lei de reforma constitucional n. 724, de 23 de julho de 2008, que inseriu na Constituição de 1958 o art. 61-1, o país passa a contar formalmente com um controle repressivo de constitucionalidade.

⁴³ Alessandro Pizzorusso, *La problemática delle fonti del diritto all’inizio del XXI° secolo*, disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/fonti_ventosecolo/index.html, acesso em: 10.11.2008, item 6: “Benché la concezione rousseauiana della legge escludesse che il potere legislativo delegato dal popolo ai suoi rappresentanti fosse ulteriormente delegabile, l’esigenza di dotare il potere esecutivo di potestà normative capaci di disciplinare le materie delle quali i parlamenti avevano difficoltà ad occuparsi, eventualmente anche derogando alla legge di produzione parlamentare, indusse ad ammentere deleghe di potestà legislativa ad organi dell’esecutivo, talora sulla base di una ripartizione di competenza, talora in modo più o meno indeterminato”. No mesmo sentido, Mauro Cappelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, in: Louis Favoreu (org.), *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1984, p. 605: “Se ha producido en los países occidentales modernos una clara evolución: la transformación gradual del Estado-providencia en Estado administrativo”.

sempre em segredo, com os grupos de pressão, compreendendo-se, agora, o valor e a importância da reserva de lei, que serve a tutelar não de forma abstrata um órgão estatal a despeito de outro órgão estatal, mas a tutelar a representação popular⁴⁴.

A redefinição do princípio da separação dos poderes impõe-se porque, hoje, menos que garantir a supremacia do Legislativo frente ao Executivo, serve a resguardar o cidadão da arbitrariedade veiculada por normas elaboradas sem a concorrência e fiscalização minoritária ou social⁴⁵.

O esvaziamento do conceito original de divisão de poderes sofreu novo impulso com a disseminação dos tribunais constitucionais, não enquadráveis, pelo menos segundo o modelo kelseniano, na órbita do Judiciário, sendo definidos, com mais acuidade, como “um quarto poder, ou um poder ‘vigilante’ da constitucionalidade dos atos dos demais poderes”⁴⁶.

A doutrina, não obstante, oscilando entre os pólos, não cessou de esforçar-se por emprestar enquadramento adequado às cortes constitucionais dentro do modelo democrático oitocentista, ora afirmando-as como órgãos judiciais⁴⁷, ora compreendendo-as

⁴⁴ Giuseppe Rescigno, *Sovranità del popolo e fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli e Livio Paladin*, disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/20030619_padova/rescigno.html, acesso em: 08.11.2008, item 11. Em sentido diametralmente oposto, argumentou Federico Sorrentino, *Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione*, disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/20030619_padova/doc/sorrentino.doc, acesso em: 7. 02. 2009, item n.º. 4: “Se, come ho cercato sin qui dimostrare, la sovranità popolare si manifesta nell’azione amministrativa attraverso la sua derivazione dalla legge (e non, all’oposto, attraverso la sua soggezione al potere político, ancorché democraticamente legittimato) l’eliminazione dell’intervento legislativo dalla disciplina dell’organizzazione e dei procedimenti amministrativi ed ancor più la mancata creazione di uno statuto del dirigente pubblico, che gli permetta di resistere ai condizionamento e alle lusinghe della política, finiscono con l’attenuare quel collegamento e, insieme con esso, l’efficacia della sovranità popolare”.

⁴⁵ Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 366: “o princípio da divisão de poderes aparece como meio de repartição e, com isso, de moderação do poder estatal, que serve à proteção da liberdade do particular”.

⁴⁶ Miguel Carbonell, *La división de poderes y las fuentes del derecho en México: algunas reflexiones*, disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr20.pdf>, acesso em: 14.10.2008, p. 8.

⁴⁷ Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da constituição*, cit., p. 735, v. g., entende que o “Tribunal, como qualquer Tribunal, decide uma questão jurídica. Sem embargo das repercussões ou conotações políticas, ele não define ou prossegue o interesse público (ou o interesse público primário) como os órgãos de função política, nem sequer faz interpretação autêntica da Constituição (*omissis*) Se o Tribunal Constitucional, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei, actuasse como legislador, ainda que negativo, isso significaria, em concorrência, que os demais tribunais, quando considerassem ilegal um regulamento ou um contrato administrativo ou de direito privado, também exerceriam, respectivamente, um poder regulamentar ou uma liberdade contratual negativa”. Essa posição, que segundo Roberto Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, disponível em:

como órgãos legislativos⁴⁸. As posições polares, entretanto, não parecem aptas a enquadrar toda a atividade dos tribunais constitucionais dentro de um dos ramos dos poderes constituídos, sendo, por isso, razoável acompanhar Malfatti, quando pondera que as cortes constitucionais

não são enquadáveis nem na função de tipo legislativo, nem naquela de tipo judiciário, mas vem a colocar-se em uma posição intermédia, que tem sido definida como a “ambigüidade” de atuação da Corte ou o caráter “híbrido” de sua função e que define, portanto, o órgão de justiça constitucional como “órgão jurisdicional dotado de força política”, “juiz e legislador ao mesmo tempo” e sua função como “controle substancialmente político conduzido de forma jurisdicional”⁴⁹.

A dialética que circunda o tema não dá mostras de senilidade, porém, para que possamos prosseguir o raciocínio sobre alguma base, apoiamo-nos em doutrina autorizada⁵⁰ para definir a posição institucional das cortes constitucionais como exterior e superior aos poderes constituídos: Legislativo, Executivo e Judiciário.

http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia_costituzionale/romboli.html, acesso em: 09.11.2008, item 1, é “assolutamente maggioritaria” na Itália, enfrenta a oposição, v. g., de Giancarlo Rolla, *et al.*, *Tra politica e giurisprudizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia*, disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/2/art/art5.htm>, acesso em: 10.12.2008, item nº 1; Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., p. 45 e Pedro Villalón, *Legitimidade da justiça constitucional e principio da maioria*, in: Tribunal Constitucional, *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, cit., p. 88.

⁴⁸ Roberto Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, cit., item 1: “Piero Calamandrei, il quale define la Corte come un organo para-legislativo, sottolineando la estraneità di tale organo all’ambito del potere giudiziario e la sua afferenza a quello legislativo e riconoscendo alla funzione della Corte non solamente un ruolo di legislatore negativo (dichiarazione di incostituzionalità), ma altresì di legislatore positivo, dal momento che la dichiarazione di infondatezza di una questione di costituzionalità avrebbe dovuto intendersi come una sorta di interpretazione autentica della legge impugnata, che avrebbe dovuto escludere categoricamente la possibilità di riproporre la medesima questione nell’ambito di altri giudizi”.

⁴⁹ Elena Malfatti, *et al.*, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 298.

⁵⁰ Cf., entre nós, Rui Barbosa, *O direito do Amazonas ao Acre Setentrional*, in: *Obras completas de Rui Barbosa*, vol. XXXVII, Tomo VI, Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1984, p. 433: “Coroadas a magistratura com esta supremacia, os homens verdadeiramente poderosos, numa tal forma de governo, são os juizes, a quem Dicey chamou, no regimen americano, ‘the master[s] of the Constitution’. Nele (STF), ‘de fato, senão em teoria, o Poder Judiciário vem a pairar acima do Legislativo’, cujas deliberações invalida e nulifica sem apelo, exercendo sobre elas a equivalência de um veto, que nem tem, como o presidencial, o corretivo ordinário da insistência do Congresso, reiterando, mediante a maioria de dois terços nas suas duas Casas, os atos vetados”; e mais recentemente, Gilmar Mendes, *et al.*, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 51: “as cortes constitucionais estão situadas fora e acima dos poderes estatais”. Alhures, Rubio Llorente, *La Corte Costituzionale italiana*, in: *Cuadernos del Instituto de Estudios Políticos*, Caracas: Universidad central de Venezuela, 1966, p. 10: “sólo resta como solución posible la de colocar a la Corte fuera y por encima de la tradicional tríada de poderes del Estado” e Roberto Bin, *L’applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l’interpretazione conforme a costituzione della legge*, cit., item nº. 8: “Da un certo punto di vista, dunque, si potrebbe dire che il compito della Corte costituzionale è tanto quello di opporre al legislatore il limite della costituzione quanto quello di liberare il giudice dal vincolo della legge: per questo essa si

**

Já se obtemperou contra os muitos radicalismos que cercam o tema⁵¹, e convém observar que a democracia constitucional se impõe como uma estrutura duplamente coercitiva, pois dá atuação à vontade majoritária e constringe as minorias políticas à concorrerem para a realização de objetivos com os quais podem discordar fundamentalmente, ao mesmo tempo em que, com o escopo de proteger direitos fundamentais, frustra a realização de determinados objetivos que a maioria considera prioritários⁵².

As cortes constitucionais terminaram por ser o ponto de articulação desse multifacetado sistema majoritário-contramajoritário de prevalência política⁵³, o que “revela a complexidade do quadro constitucional em que a Corte se situa, caracterizado por uma organização assaz extensa e ramificada, horizontal ou verticalmente”⁵⁴. A dinâmica

colloca sul crinale che separa la legislazione dalla giurisdizione, per questo si può dire che svolga una funzione arbitrale tra i due poteri, per questo è formata in quel particolare modo”.

⁵¹ Neil MacCormick, *Institutions of law: an essay in legal theory*, New York: Oxford, 2007, p. 202, v. g., ponderou: “This should not be characterized as a simple issue between the protection of rights on the hand and the protection of institutions of majority rule on the other”. Não em outro sentido, a lição de Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2003, p. 196: “La norma constitucional y la legislación son utilizadas con frecuencia, precisamente en el ámbito de los derechos fundamentales, una contra la otra. Si, con motivo de una equivocada comprensión del Derecho Natural, de una libertad mal entendida y de un concepto unilateral de Derecho se degrada al legislador a mero ‘legislador de excepción’, a simple legislador defensor del abuso, ‘limitador’, ‘intervencionista’, se cae ocasionalmente en el otro extremo: la legislación es elevada a lo primado, y los derechos fundamentales rebajados a la ‘función dependiente de una variabilidad arbitraria, del ordenamiento subconstitucional”.

⁵² Michel Rosenfeld, *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, cit., p. 121.

⁵³ Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., p. 232: “la Corte se haya convertido, en opinión de la mayoría de la doctrina, en un verdadero elemento dinámico de la forma de gobierno”. Cf., ainda, Clémerson Cléve, *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*, in: *Revista de direito constitucional e internacional*, ano 14, n. 54, janeiro-março, 2006, p. 35: “a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contra-majoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte”. Por fim, e já para a cultura americana, cf. Kermit Roosevelt III, *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*, New Haven: Yale University Press, 2006, pp. 20-21: “the Supreme Court is but one actor in a complicate political system. The factors it must take into account in creating doctrine go well beyond the simple desire to maximize the accuracy of this decisions”, e David O’Brien, *Storm Center: The Supreme Court in american politics*, New York: W. W. Norton & Company, 2008, pp. 310-311: “Announcements of decisions trigger diverse reactions from the media, interest groups, lower courts, Congress, the president, and the general public”.

⁵⁴ Antonio Ruggeri, *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, cit., item n° 7, que prosegue nos seguintes termos: “la moltiplicazione dei centri di potere e la varietà delle relazioni che tra gli stessi si intrattengono, se per un verso obbliga la Corte a misurarsi su più fronti e con più operatori, dotati di varia forza e portati di esigenze parimenti diverse, per un altro verso naturalmente gioca nel senso di rimarcare ulteriormente il ruolo della Corte stessa: punto centrale di riferimento e di aggregazione di un sistema di potere internamente diviso e vieppiù tendente ad una crescente articolazione”. Igualmente, Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Edições Almedina,

institucional instaurada pelo constitucionalismo democrático mostrou, depois de algumas décadas de movimento, um ponto sensível, que terminou por manifestar-se em “uma dialética entre Corte e Parlamento, no centro da qual se situa a discricionariedade legislativa”⁵⁵.

Essa situação de tensão já foi explicada como resultante da inércia legislativa⁵⁶, remetida ao “fim do monopólio parlamentar na defesa das liberdades”⁵⁷ ou, ainda, derivada da reparação das discriminações normativas⁵⁸, porém, interessa-nos notar que ela costuma atingir níveis críticos quando o conteúdo da decisão contraria interesses conjunturalmente majoritários⁵⁹. O estado de tensão institucional delineado agrava-se ainda mais em razão de decisões que escapam ao binômio inconstitucionalidade/nulidade *ex tunc*, especialmente quando, por via manipulativa, venham a instituir normas de caráter geral, contrariando o modelo clássico da jurisdição constitucional como “legislador negativo”⁶⁰.

2007, p. 1305 concluiu: “Essa *dimensão política* do direito constitucional acabará, de forma mais ou menos explícita, por tornar o Tribunal Constitucional num ‘regulador político’”. Cf., ainda, Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 343.

⁵⁵ Stelio Mangiameli, *Il contributo dell’esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, disponível em <http://www.giurcost.it/org/studi/mangiameli.htm>, acesso em: 22.12.2008, item nº. 9.

⁵⁶ M^a Blasco Soto, *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, cit., p. 334.

⁵⁷ Dominique Rousseau. *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris: Montchrestien, 1992, p. 49.

⁵⁸ Nesse sentido, Markus Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 117: “En el caso del principio de igualdad, el modelo del legislador negativo no acostumbra a expulsar del ordenamiento jurídico la relación internormativa discriminatoria provocando el consiguiente vacío normativo, sino que altera dicha relación. De ahí que la reparación de la discriminación normativa por parte del Tribunal Constitucional genere fácilmente problemas funcionales en relación con la posición constitucional del legislador”.

⁵⁹ David O’Brien, *Courts and judicial policymaking*, New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2008, pp. 324-325: “judges are routinely attacked for legislating from the bench (*omissis*) These attacks have been a part of a growing nationwide effort to block the implementation of majoritarian political preferences”. Também Peter Schneider, *Democracia y constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 56, ressalta que as diuturnas críticas às cortes acabam por irromper “con particular vehemencia cuando el tribunal da precisamente la razón a una minoría política en el caso de haber sido invocada la Constitución, en contra del principio democrático de la mayoría”.

⁶⁰ Hans Kelsen, *Jurisdição Constitucional*, cit., p. 153. As especificidades da jurisdição comunitária parecem atrair os mesmos problemas, cf., nesse sentido, Jean Boulouis, *A propôs de la fonction normative de la jurisprudence: remarques sur l’ouvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in: *Mélanges offerts a Marcel Waline : le juge et le droit public, Tome I*, Paris : Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1974, p. 159 : « Il est un troisième domaine qui mérite une attention particulière, celui du rôle prétorien du juge à l’égard de ses propres instruments de contrôle. L’intérêt du problème ne tient pas seulement à ce que, par un paradoxe qui confine à l’incohérence, la Cour, facilement taxée de gouvernement des juges, se voit, das le même temps et souvent par les mêmes censeurs, reprocher de ne pas étendre suffisamment le système de protection juridictionnelle des particuliers. Il tient surtout à ce que le juge communautaire, dépourvu de toute tradition, s’est trouvé à l’origine en présence de mécanismes juridictionnels qui, même s’ils s’inspiraient des schémas nationaux, comportaient une part appréciable d’originalité génératrice de questions délicates ».

Contra tal prática diz-se que os tribunais constitucionais extrapolam suas funções institucionais primordiais, e terminam por invadir o âmbito de competência do Legislativo⁶¹.

Ao perscrutarmos, entretanto, as raízes teórico-jurídicas do instrumental decisório das diferentes cortes constitucionais, encontraremos a fundamental distinção entre disposição de lei e norma⁶², que, embora tenha sido, recentemente, considerada um instrumento de usurpação da função legislativa⁶³, já era corrente no positivismo do século XVII⁶⁴. Ao somar tal distinção teórica aos efeitos *erga omnes* que têm as decisões de muitas cortes constitucionais, Pizzorruoso soube mostrar, com clareza, a origem do problemático poder normativo (constituente⁶⁵) da jurisdição constitucional:

⁶¹ Francisco Praeli, *Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del tribunal constitucional*, disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/343/10.pdf>, acesso em 24.09.2008, p. 118.

⁶² Refletindo sobre a multiplicação das técnicas de decisão em controle de constitucionalidade, lembrou Giancarlo Rolla, *et al.*, *Tra politica e giurisdizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia*, cit., item n° 2: “Questo risultato è stato possibile tecnicamente partendo dalla distinzione teorica tra disposizione e norma. La prima rappresenterebbe l’espressione linguistica mediante la quale si manifesta la volontà dell’organo che emana un determinato atto giuridico. La norma, al contrario, costituisce il risultato di un processo interpretativo realizzato sulla disposizione e che può condurre, tramite l’uso dell’ermeneutica giuridica, a ricavare più di una norma da una sola disposizione o una sola norma da più disposizione. Questa distinzione tra disposizione e norma risulta rilevante in quanto permette la separazione della norma dal significato linguistico originario della disposizione, spezzando il cordone ombelicale che la lega al momento in cui venne approvata”.

⁶³ Assim o juízo crítico de Giusi Sorrenti, *L’interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 252: “L’interpretazione ‘adeguatrice’ qui condotta dalla Corte oblitera il disposto testuale”. Sorrenti vem somar-se a outros autores que entendem o controle de constitucionalidade como incidente apenas sobre a disposição legal, e não sobre a norma, cf., para tanto, Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., pp. 264-265.

⁶⁴ Nesse sentido, cf. a seguinte passagem de Thomas Hobbes, *Leviatã, ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 238-239: “No caso de leis escritas, é costume estabelecer uma diferença entre a letra e a sentença da lei. Quando por letra se entende tudo o que se possa inferir das meras palavras, a distinção é correta. Porque a significação de quase todas as palavras, quer em si mesmas, quer no seu uso metafórico, é ambígua, e na argumentação podem adquirir muitos sentidos; mas na lei há apenas um sentido (*omissis*) Portanto ele (o juiz) deve, caso as palavras da lei não autorizem plenamente uma sentença razoável, supri-la com a lei de natureza ou então, se o caso for difícil, suspender o julgamento até receber mais ampla autoridade”.

⁶⁵ Assim, Michel Troper, *Por una teoría jurídica del Estado*, cit., p. 317: “no existe jerarquía entre la constitución y las decisiones del Consejo constitucional. La decisión se basa, en efecto, en una norma constitucional, pero esta no es el texto de la constitución: es el significado que le atribuye el Consejo” e Kermit Roosevelt III, *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*, cit., pp. 19-20: “Court does not ask whether the governmental act it reviews is consistent with the meaning of the Constitution; it asks whether the act is consistent with the Court’s doctrine”. No mesmo sentido, Péter Paczolay, *Legittimità costituzionale, interpretazione del diritto e il rapporto fra la Corte Costituzionale e la magistratura*, disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/paczolay.html>, acesso em: 02.01.2009, item IV: “L’interpretazione della Costituzione non è monopolio della Corte Costituzionale. Ma la Corte è l’interprete autentica della Costituzione. Questo viene giustificato dal fatto che le sentenze della Corte Costituzionale sono obbligatorie per tutti. Così la Corte gode di una posizione privilegiata, ha

O fato de que operações lógicas deste tipo foram teoricamente concebidas, não era, seguramente, uma novidade, mas o que confere a esta experiência um caráter de originalidade e ao mesmo tempo uma extraordinária importância prática, é a circunstância de que neste caso, as “manipulações” das disposições legislativas conduzem a pronunciar sentenças dotadas de efeitos *erga omnes*, quer dizer, como se tem começado a qualificá-las, “sentenças normativas”, que é preciso incorporar ao catálogo de fontes do Direito⁶⁶.

Desvela-se o núcleo teórico em que poderíamos condensar todos os ímpetos que dão azo ao chamado paradoxo da democracia, a saber, o problema das fontes do direito. Ignorando a questão do costume e dos princípios gerais de direito como fontes e passando ao largo, igualmente, do muito que se poderia dizer acerca dos métodos de interpretação⁶⁷, focalizaremos, aqui, o poder normativo direto das cortes constitucionais, operado pela via do controle de constitucionalidade. A forma absoluta com que se expressava a força formal da lei foi “oportunamente moderada” por uma capacidade criativa que se mantém nas fontes da ordem constitucional. “Esta é uma retificação – afirmou Crisafulli – que, em realidade, tem um valor decisivo sobre a teoria das fontes, revelando-se suscetível de dissolver, desde seu interior, o sistema hierárquico usualmente repetido e ensinado”⁶⁸.

A unicidade de fonte, origem da concepção do juiz como um ente inanimado, tem raízes revolucionárias que a pesquisa histórica não deixa de revelar⁶⁹. Pizzorusso historiou brevemente o processo através do qual as fontes do direito se foram “progressivamente concentrando na lei do Estado”, e sobretudo após o “advento do princípio do constitucionalismo, a soberania foi transferida do monarca para o povo e a lei

un'autorità che sovrappone l'interpretazione della Corte Costituzionale all'interpretazione degli altri organi”. E, por fim, Antonio Ruggeri, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, disponível em http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/teoria_generale/ruggeri2.html, acesso em: 06.12.2008, item nº. 5: “In dottrina tarda a maturare la consapovolezza che una manipolazione di legge costituisca, alle volte, una forma speculare di manipolazione costituzionale”.

⁶⁶ Alessandro Pizzorusso, *El tribunal constitucional italiano*, in: *Louis Favoreu (org.), Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, cit., p. 257. Cf., no mesmo sentido, Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., p. 45: “La Corte examina el problema en términos generales, como problema legislativo y no jurisdiccional, y por ello resuelve con una decisión que tiene la eficacia general de una ley y no la de una cuestión particular”.

⁶⁷ Cf., para pormenorizada análise dos métodos e princípios da interpretação constitucional e suas implicações normativas, Inocêncio Coelho, *Interpretação Constitucional*, São Paulo: IDP/Saraiva, 2007 e Gilmar Mendes, et al., *Curso de direito constitucional*, cit. pp. 79-135.

⁶⁸ Vezio Crisafulli, *Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes*, disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1pdf/14.%20Vezio%20Crisafulli.pdf>, acesso em: 25.03.2009, p. 332.

⁶⁹ Cf., para tanto, Radomir Lukic, *Théorie de l'État et du droit*, Paris : Dalloz, 1974, p. 149

pôde ser concebida como expressão da vontade geral”, concluindo que o “posicionamento do sistema de fontes era sobretudo caracterizado pela absoluta proeminência da lei”⁷⁰.

O contraste entre a posição revolucionária acerca da unicidade de fonte⁷¹ - de resto coerente com a supremacia do parlamento e a tripartição de poderes - e a realidade imposta pelo advento da rigidez constitucional⁷² e de sua jurisdição⁷³, pode ser aferido através das palavras de Crisafulli:

A decadência do mito da soberania da lei (e do Parlamento), modificado pelo novo sistema de rigidez constitucional garantida, deixou decididamente em crise o que era um dos conceitos-chave da teoria das fontes: o critério da força formal da lei, e consequentemente, a escala hierárquica das normas segundo a força formal (*omissis*). No início deste discurso, sublinhamos a importância da correção que, em sistemas com Constituição rígida e juízo de constitucionalidade das leis, é necessário fazer na originária formulação do conceito de força de lei, a qual detém-se,

⁷⁰ Alessandro Pizzorusso, *La problemática delle fonti del diritto all'inizio del XXI° secolo*, cit., item 1. Em sentido análogo, Ugo Pagallo, *Alle fonti del diritto: mito, scienza, filosofia*, cit., p. 101: “È il dilemma bem presente a chi non partecia della maggioranza assembleare: in che senso chi, votando, è rimasto in minoranza, può rimanere libero? Non si tratta del solo problema relativo alla tutela dei diritti della minoranza. La questione concerne soprattutto le difficoltà cui va incontro il tentativo di *reductio ad unum* dei diversi ambiti che sostanziano concretamente l'ordinamento”, e Sadok Belaid, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, cit., p. 72: “donc l'exclusion de toute autre source ; sur le rôle de la fonction juridictionnelle, les conséquences sont claires ; elles se traduisent par le principe que le juge, n'est qu'un interprète qui 'devrait se broner à constater ou à déduire la solution légale, pour l'appliquer, en quelque sorte mathématiquement, aux hypothèse concrètes' ; le juge doit se limiter à chercher et appliquer, par des moyens appropriés la volonté des contractants et des Etats ; c'est là la position de l'école de l'Exégèse en France, de l'Analytical School en Angleterre et de l'Allgemeine Rechtslehre en Allemagne”.

⁷¹ A esse respeito, v. g., a ponderação de Zagrebelsky coligida por Augusto de la Veja, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., p. 283: “la verdadera razón del contraste entre las dos posiciones creo que se encuentra en las distintas teorías de las fuentes presupuestas y, más en general todavía, en el diferente modo de pensar la Constitución del cual derivan las anteriores”.

⁷² Alessandro Pizzorusso, *El tribunal constitucional italiano*, cit., p. 258: “Es cierto que el sistema de fuentes de Derecho en vïgore en Italia se inspira en la tradición continental que difiere en gran medida de la tradición anglosajona, pero analizando el tema más detenidamente, este sistema ha sido profundamente alterado, no tanto por la 'invención' de las sentencias interpretativas o manipulativas, sino por la introducción del principio de rigidez de la Constitución del que los temas que hemos examinado aquí no constituyen más que algunos colorarios”.

⁷³ Refletindo sobre o modelo surgido com a Constituição francesa de 1958, afirmou Marie-Claire Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italiennes et françaises : essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris : Economica, 1993, p. 75: « Il suffit de citer pour s'en convaincre la trop célèbre invective du député socialiste, A. Laignel, à ses collègues : 'Vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires'. Le Conseil fut perçu comme un allié de la nouvelle opposition car cette dernière avait nommé ses membres. En conséquence, la Haute juridiction ne pouvait constituer qu'un obstacle aux réformes envisagées. De son côté, l'opposition stigmatisait la timidité donn pourrait faire prevue le Haut conseil : celui-ci se devait de lui donner raison. Ma, tout bien considéré, le Conseil constitutionnel n'a pas fait barrage aux principales réformes du gouvernement socialiste. Il lui a simplement fait comprendre qu'une majorité aussi victorieuse et absolue soit-elle ne peut pas tout faire et doit respecter un certain nombre de règles constitutionnelles. À de tire, il a pu entraver le bon vouloir de la majorité, mais il n'a pas bloqué le processus de réforme ».

como se costuma dizer, somente ante os conflitos com as fontes constitucionais⁷⁴.

Chieppa logrou tirar desse entendimento a consequência prática mais importante, ao afirmar que o “juiz, constitucional ou comum, resulta a pleno título envolvido em uma sorte de processo alargado de produção legislativa”, estando no exercício de uma “atribuição derivada diretamente da Constituição”, que visa “a elaboração do melhor direito possível”⁷⁵. Some-se a isso a constatação de que “a jurisprudência tem sido compreendida como fonte do direito objetivo, mesmo em sistemas nos quais o precedente judiciário não é vinculante”⁷⁶.

A expansão do direito jurisprudencial nos países da *civil law*⁷⁷, onde reinou sempre a exclusão de qualquer força normativa do precedente, consolida-se como uma das características do controle de constitucionalidade⁷⁸. Pagallo, buscando esclarecer a relação entre o direito jurisprudencial e a função contramajoritária, escreveu:

A relação que se instaura entre os modernos representantes da soberania popular (*seat of power*) e a autoridade chamada a garantir os princípios “supremos e irrenunciáveis” das instituições (*sources of law*), faz

⁷⁴ Vezio Crisafulli, *Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes*, cit., p. 353.

⁷⁵ *Apud*, Roberto Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/fontidiritto/romboli/interpretazionelegge.html>, acesso em: 08.11.2008, nota de pé de página nº 3. Na sent. 140/2006, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>, acesso em: 1.1.2009, a Corte Costituzionale italiana confirmou a constatação de seu Presidente: “Ritiene, in altri termini, questa Corte che le censure mosse dal Tribunale di Pescara si possano superare partendo da una ricostruzione sistematica della normativa in esame”.

⁷⁶ Frederico Roselli, *Sui contrasti giurisprudenziale*, disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200210/roselli.html>, acesso em: 05.10.2008, item 4.1.

⁷⁷ Cf. Alessandro Pizzorusso, *La problemática delle fonti del diritto all'inizio del XXI° secolo*, cit., item nº 7. Em sentido similar, Michel Rosenfeld, *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, cit., p. 148: “In ultima analisi, il *civil law* non può, in pratica, restare un sistema deduttivo perfetto, man mano che le regole proliferano, diventano zeppe di eccezioni, e non sono del tutto coerenti tra loro. In queste circostanze, in un crescente numero di casi complessi, i risultati effettivi della decisioni giudiziale non possono essere completamente certi. Di conseguenza, anche se procedono in modi diversi, nel mondo reale *common law* e *civil law* sembrerebbero tesi a convergere, almeno in termini di certezza”. Em sentido análogo, Henri De Page, *A propos du gouvernement des juges*, cit., p. 197: «l'existence du droit ne dépend pas uniquement de la volonté du législateur. C'est ce mouvement d'idées qui a permis de dire que le juge est au-dessous de la loi, mais au-dessous des principes ».

⁷⁸ Giancarlo Rolla, *et al.*, *Tra politica e giurisprudizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia*, cit., item nº 9. Cf., ainda, Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., p. 403: “El fenómeno de creación jurisprudencial del derecho que estas sentencias implicaban, aparecía desde la óptica del derecho comparado como un fenómeno inherente a toda a estructura constitucional que incorpore un control jurisdiccional de la ley”.

reemergir, nos sistemas de *civil law* a ideia da jurisprudência como fonte do direito. E, todavia, em nome da jurisprudência como fonte do direito não se entende cultivar o conceito de “livre criação” pretoriana da norma, caro ao modelo voluntarista do positivismo jurídico. Antes, a configuração da jurisprudência como fonte ratifica o critério de que certos princípios são subtraídos à decisão política da maioria (ou que possa derivar da mera força do poderoso) passageira⁷⁹.

Por isso, o juiz intérprete não se debruçará apenas sobre texto de lei e texto da Constituição, deverá interpretar igualmente o dispositivo da sentença constitucional e estabelecer o significado da norma a partir dessa *duplex interpretatio*⁸⁰. Seu trabalho de reconstrução sistemática da disciplina sob exame levará em conta, a partir das “sentenças-lei” produzidas através de técnicas manipulativas, “a nomofilaxia criativa”⁸¹ levada a cabo pela jurisdição constitucional.

Em suma, é o juiz quem cria a norma constitucional aplicável. Esse fenômeno, que não se considera próprio do juiz constitucional, pode ser observado em qualquer dos países estudados. Na Itália, por exemplo, a doutrina não hesita em reconhecer que a Corte constitucional prolata decisões “normativas”, “criativas” e mesmo “que manipula a norma”⁸².

A democracia parlamentarista sazonal evoluiu para uma democracia constitucional contínua, permitindo que “os indivíduos exerçam um trabalho político: o

⁷⁹ Ugo Pagallo, *Alle fonti del diritto: mito, scienza, filosofia*, cit., p. 105.

⁸⁰ Franco Modugno, *Alcune riflessioni a margine della ricerca su il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali – anni 2000-2005*, disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia_costituzionale/modugno.html, acesso em: 03.11.2008, item nº 8.

⁸¹ Roberto Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, cit., item nº 9. No mesmo sentido, Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., pp. 259-260: “La Corte se configura por tanto ‘como un legislador positivo, paralelo y complementario al Parlamento’, que cumple por otra parte un papel político de mediador de intereses sustanciales y de moderador de conflictos”.

⁸² Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, cit., p. 36. Também assim, para a doutrina francesa, Michel Troper, *Por una teoría jurídica del Estado*, cit., p. 316: “La premisa mayor, la ley no le es dada realmente al juez, y que este debe interpretar el texto de esa ley, determinar su significado. El juez se convierte por tanto en el verdadero creador de esa premisa, en el verdadero legislador. Esta es, pues, la esencia de la teoría realista de la interpretación: el verdadero legislador no es el autor del texto sino el intérprete”; e para a portuguesa, Castanheira Neves, *Metodología jurídica: problemas fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 167: “A norma só é indubitavelmente aplicável quando for corretamente aplicada. A norma-hipótese de que partimos (se pudermos partir de uma norma disponível do sistema) não é a norma-fundamento que estará no fim do discurso metodológico-jurídico (a Fallnorm, segundo o conceito de Fikentscher, ou a norma de decisão). A norma aplicável é assim um elemento normativamente dinâmico e aberto – aberto à problematização da questão de direito concreta para que remete”.

controle, fora dos momentos eleitorais, da ação dos governantes”⁸³. Trata-se de um modelo político-institucional que se sobrepõe à unicidade de fonte e à ilimitada prevalência parlamentar, podendo ser tomada a jurisdição constitucional como âmbito permanente de discussão e de controle, pelo cidadão e pela sociedade, de seus representantes, pelo que se nota fortalecida “a representatividade global do sistema e, portanto, sua democraticidade mesma”⁸⁴. O cidadão figura – comentou Dominique Rousseau - como representado nas instituições “legislativa e executiva e como soberano através da jurisdição constitucional”⁸⁵.

⁸³ A jurisdição constitucional - anotou Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, cit., pp. 155-156 - “introduit en effet deux éléments perturbateurs de la logique représentative classique: la loi ne trouve plus son sens dans la volonté des élus mais dans la Constitution telle que l’interprètent et l’imposent les juges constitutionnels, les citoyens ne sont plus sans moyens de contrainte institutionnelle mais trouvent dans le recours aux tribunaux constitutionnels l’instrument leur permettant de faire contrôler, entre deux élections, le travail législatif de leurs représentants. Ces deux éléments dessinent – peut-être – une forme nouvelle de démocratie que je propose d’appeler ‘démocratie continue’. Elle se distingue de la forme directe de démocratie qui abolit toute distinction entre représentants et représentés, elle se distingue également de la forme purement représentative qui réduit au maximum la communication entre représentants et représentés. La démocratie continue peut cependant se définir – au moins provisoirement – comme un au-delà de la représentation non parce qu’elle la supprimerait mais parce qu’elle transforme et élargit l’espace de la participation populaire en inventant des formes particulières – et notamment la juridictionnelle constitutionnelle – permettant aux individus d’exercer un travail politique: le contrôle, en dehors des moments électoraux, de l’action des gouvernants”.

⁸⁴ Mauro Cappelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, cit., p. 625. Cf., ainda, Alfonso Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, cit., item n°. 7: “In un assetto, invece, nel quale il potere appartiene ai cittadini rappresentati in parlamento senza vincolo di mandato, limitare, soprattutto attraverso il sindacato di costituzionalità, il potere dei rappresentanti che in ipotesi attentino alle loro libertà violando la costituzione, rafforza il potere globale degli elettori, in quanto rimuove ostacoli che impedirebbero o renderebbero difficoltoso da parte di ciascuno di essi l’esercizio corretto del frammento di sovranità di cui è titolare: ne consegue che il limite apposto alla volontà dei rappresentanti della sovranità popolare ha ricadute garantistiche per i detentori di quella sovranità nei confronti del ‘dispotismo elettivo’ paventato da Madison”.

⁸⁵ Dominique Rousseau, *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, cit., item n° I, A. Autores há, não obstante, que destacam uma faceta menos idílica do processo que atravessam, hoje, os Estados de direito contemporâneos, cf., nesse sentido, Ran Hirschl, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 12: “I argue that strategic legal innovators-political elites in association with economic and judicial elites who have compatible interests-determine the timing, extend, and nature of constitutional reforms (*omissis*) when their policy preferences have been, or are likely to be, increasingly challenged in majoritarian decision-making arenas, elites that possess disproportionate access to, and influence over, the legal arena may transfer power to supreme courts (*omissis*) Judicial empowerment through constitutionalization may provide an efficient institutional solution for influential groups who seek to preserve their hegemony and who, given an erosion in their popular support, may find strategic drawbacks in adhering to majoritarian policy-making processes are, in other words, a catalyst, not an outcome, of constitutionalization. The constitutionalization of rights is therefore often not a reflection of a genuinely progressive revolution in a polity; rather, it is evidence that rhetoric of rights and judicial review has been appropriated by threatened elites to bolster their own position in the polity”. A discussão acerca de se estamos (ou o quão perto estamos) vivenciando uma juristocracia exige um estudo específico e mais longamente fundamentado. Declinamos, por enquanto.

2 Teorias restritivas da jurisdição constitucional

A compreensão da rigidez constitucional como elemento deflagrador da superação da democracia jacobina⁸⁶, somada à percepção de que o processo político-majoritário é insuficiente para garantir o respeito aos direitos fundamentais e à adstrição dos órgãos governamentais à Constituição define-se como “puro constitucionalismo”. A ele opõem-se os “democratas puros”, que mantêm a crença “na primazia do autogoverno democrático e no processo político democrático como a forma de assegurar a protecção das liberdades e direitos das pessoas”⁸⁷.

Estende-se ao infinito a bibliografia democrata contrária à leitura substancial e normativa da Constituição, principalmente quando tenha como resultado sentenças manipulativas em controle de constitucionalidade⁸⁸. Podemos, entretanto, condensar em breves linhas a preocupação dos democratas puros: pugna-se por deixar assentado que o princípio da supremacia da Constituição não autoriza as cortes constitucionais desempenharem uma função paralegislativa⁸⁹, que serve a pôr em risco a segurança jurídica e a certeza do direito, quebrando o princípio da separação dos poderes.

⁸⁶ Alfonso Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, cit., item n.º 7: “Si percorre così fino in fondo la strada per valorizzare la peculiarità del principio democratico al fine di emanciparlo da ogni primitivismo di stampo giacobino-rousseauiano e di modellarlo nella forma ‘civilizzata’ e più esigente della democrazia costituzionale”.

⁸⁷ Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1450. Richard Bellamy, *Political constitutionalism: a republican defense of the constitutionality of democracy*, cit., empreende distinção semelhante usando os termos “*Legal constitutionalism*” e “*Political constitutionalism*”.

⁸⁸ Por todos, e antes de todos, Lucio Bittencourt, *A interpretação como parte integrante do processo legislativo*, in: Revista do serviço público, ano V, vol. IV, n.º 3, dez. 1942, p. 121: “Nosso ponto de vista é contrário à chamada ‘supremacia do Judiciário’, cujos princípios e fundamentos não aceitamos, nem defendemos, nem toleramos, considerando tal supremacia uma usurpação habilmente conseguida pelo Juiz Marshall, ao decidir o caso *Marbury v. Madison*, e desde logo aceita e defendida por todos os magistrados, por força do anseio de poder, que constitui a mola propulsora das ações humanas, como demonstrou o filósofo inglês Bertrand Russel”.

⁸⁹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid: Trotta, 2008, p. 151: “Según las concepciones europeas, toda construcción conceptual que no reconozca a las razones del legislador un lugar adecuado e independiente debe temerse como un peligro para el equilibrio constitucional. La legislación tiene un fundamento constitucional propio. Es expresión de derechos políticos que, en virtud de la Constitución, están en el mismo plano que los otros derechos y principios de justicia. En caso de contradicción, cede la ley, como exige la Constitución rígida. Pero esto no autoriza en absoluto a negar a la legislación su carácter originario y espontáneo, es decir, a ‘despolitizarla’, degradándola a mera función técnica para la actuación de los contenidos constitucionales, por más elevados y seductores que éstos puedan ser. El positivismo legislativo se anota aquí todavía algún punto a su favor”. No mesmo sentido, Francisco Pires, *Legitimidade constitucional e princípio da maioria*, in: Tribunal Constitucional, *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, cit., p. 173: “Em suma, o sistema tal como funciona obriga que as leis sejam tanto ou mais função da Constituição do que da maioria”.

Zagrebelsky, v. g., pode ser apontado como um expoente entre os autores europeus preocupados com a expansão da ingerência política das cortes constitucionais:

Não parece possível sair deste dilema: se a norma está presente no sistema, cabe ao juiz (a todos os juízes) escavá-la; se não está, respeita ao legislador (só ao legislador estabelecê-la). Intervindo então a corte constitucional, no primeiro caso viola a esfera de competência do juiz, no segundo caso aquela do legislador⁹⁰.

*

O desconforto, na doutrina europeia, com o fato de que o órgão com menor legitimidade popular possa impor sua autoridade sobre os poderes político-majoritários é contemporâneo da Constituição austríaca de 1921, que instituiu ali o controle de constitucionalidade. Em linhas gerais, argumentava-se que as jurisdições constitucionais, a julgar pela americana, terminariam por converter-se em vigias dos parlamentos, transformando radicalmente a natureza mesma das constituições que as instituíam, instaurando um governo de juízes⁹¹.

Recentemente, a crítica parece ter-se concentrado em um problema mais prático: quem deve ser o responsável por estabelecer a interpretação definitiva (autêntica⁹²) dos enunciados textuais da Constituição⁹³. Gargarella enunciou a questão de forma clara:

⁹⁰ Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 161. Cf., ainda, Vital Moreira, *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, cit., p. 198.

⁹¹ Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la contre la législation sociale aux États-Unis (L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois)*, Paris: Marcel Giard, 1921, p. 16: « En Angleterre et en France la rupture d'équilibre s'est opérée au profit du pouvoir législatif, qui a plié sous sa norme les pouvoirs coordonnés et intauré ainsi le gouvernement parlementaire. Aux États-Unis le reversement d'équilibre s'est produit au profit du pouvoir judiciaire, qui a soumis les deux autres à son contrôle et établi, apr lè, un régime de gouvernement par les juges ».

⁹² Cf., Riccardo Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, cit., p. 145 que, depois de inventariar os significados possíveis da expressão “interpretação autêntica”, afirma: “In quarto luogo, si può considerare autentica l'interpretazione di un documento normativo compiuta da un organo che abbia, per così dire, l'ultima parola in matéria: un organo, cioè, la cui interpretazione non possa essere contraddetta o rovesciata da alcun altro organo e sai vincolante per tutti. Anche in questo caso, occorre distinguere tra costituzione flessibili e costituzione (rigide) garantite dal controllo giurisdizionale sulle leggi. Se la costituzione è flessibile, qualunque atto legislativo può valere come sua interpretazione autentica. Se la costituzione è garantita da un organo di giustizia costituzionale, vale come sua interpretazione autentica ogni decisione del giudice costituzionale”. Cf., ainda, Roberto Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, cit., item nº 10: “Con ciò si verrebbe in sostanza ad attribuire al Giudice costituzionale una sorta di potere di interpretazione autentica, simile a quello spettante al legislatore, del tutto estraneo al nostro sistema costituzionale”.

⁹³ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 119: “en cuanto la justicia continuar a tener la posibilidad de contradecir la voluntad de las mayorías en todos los tipos de cuestiones y conserve lo derecho de decir la ‘ultima palabra’, tenemos que seguir ablando de las tensiones

Como é possível que um minúsculo grupo de juizes, que não sejam eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e portanto gozam de estabilidade em seus cargos, livres do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular⁹⁴?

Denuncia-se que, em lugar da prevalência incontestada da parêmia *lex est optima constitutionis interpretis*, assiste-se ao exercício desarrazoado do dever de interpretar a lei conforme a Constituição, instrumento usado pelos juizes para alcançar a potencialização do processo de injuntividade da Constituição pela via jurisdicional, em detrimento da competência, precípua, do legislador, para especificar o programa posto pelo constituinte originário⁹⁵. Em contraposição a tal consequência, prática e teoricamente desconcertante, insiste-se na exclusão de qualquer vinculação do legislador à interpretação consagrada pela corte, pelo que torna-se plenamente possível a enunciação legislativa de uma interpretação igualmente conforme a Constituição⁹⁶. Pois, entender diversamente, equivaleria a fazer da corte intérprete autêntico, a um só tempo, da lei e da Constituição⁹⁷, resultando na instauração de uma espécie de democracia mitigada: “o realismo jurídico – sentenciou Zoller – precipitou os espíritos no irrealismo político na medida em que tal teoria evoca o mito de uma Corte suprema que cria e destrói o direito à vontade”⁹⁸.

Sem embargo e já avançando sobre o que se dirá mais adiante, poderíamos opor ao raciocínio dos democratas puros, com Häberle, uma ponderação: se concedêssemos ao legislador um mandato como “transformador constitucional”, não seria apenas inevitável

entre la justicia y la democracia”. Cf., também, Francisco Pires, *Legitimidade constitucional e princípio da maioria*, cit., p. 167: “Como legitimar em democracia um tribunal Constitucional que é, não só um garante da Constituição como, num certo sentido, até a última instância da mesma democracia, chamado a decidir quando é que os órgãos daquela actuaram ‘legitimamente’ ou não”. O problema existe também na experiência americana, cf., para tanto, Jesse Choper, *Judicial review and the national political process*, cit., p. 7: “critical questions remain unanswered: what are the specific personal liberties that transcend the authority of the state, and who determines when they have been abridged”?

⁹⁴ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, cit., p. 11. No mesmo sentido, Doyen Vedel, membro do Conselho constitucional francês, *apud*, Dominique Rousseau, *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, cit., intróito: “Come spiegare che giudici non eletti, designati dai detentori di una parte del potere politico, possano opporsi a ciò che è, attraverso i suoi rappresentanti, la nazione sovrana”?

⁹⁵ Giusi Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 213.

⁹⁶ Cf., Joaquín Camazano, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, pp. 410-411.

⁹⁷ Antonio Ruggeri, *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, cit., nota de pé de página nº. 24.

⁹⁸ Élisabeth Zoller, *La Cour suprême des États-Unis entre création et destruction du droit*, in : Pierre Avril, *La création du droit par le juge*, Paris : Dalloz, 2007, p. 278.

o abuso, mas a lei tomaria o lugar da Constituição e já não seria um desenvolvimento da opção ética e constitucional fundadora de uma civilização. Por isso, “a legislação segue vinculada à Constituição”, sem o que “se frustraria o objetivo que caracteriza a todos aqueles princípios que devem assegurar os direitos fundamentais em face da legislação”⁹⁹. Em pouco: como intérprete último do documento político, cumpre a ele definir qual a supremacia normativa e qual a supremacia ideológica da Constituição¹⁰⁰.

**

O discurso contra a jurisdição constitucional mantém-se vigoroso também no âmbito da cultura jurídica americana¹⁰¹, onde congregam-se esperanças acerca da implementação de formas fracas de controle de constitucionalidade¹⁰². Tushnet, v. g., temeroso de um governo de juízes constitucionais, propõe a retirada da Constituição dos tribunais¹⁰³.

⁹⁹ Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., pp. 205-206.

¹⁰⁰ Anita Ferrer, *La declaratoria de inconstitucionalidad de oficio*, disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/4/cnt/cnt6.pdf>, acesso em: 03.04.2009, p. 97.

¹⁰¹ Cf., exemplificativamente, Mark Levin, *Men in Black: how the Supreme Court is destroying America*, 2005, Blackstone Audiobooks, disponível em: http://www.audible.com/adbl/site/products/ProductDetail.jsp?BV_SessionID=@@@@0330321977.1241089970@@@&BV_EngineID=ccckadehedhfflicecekejdfidflm.0&productID=BK_BLAKE_001012, acesso em: 30.04.2009; Martin Garbus, *Courting Disaster: the Supreme Court and the Unmaking of American Law*, New York: Times Book, 2003 e Thomas Keck, *The most activist Supreme Court in History: the road to modern judicial conservatism*, Chicago: University of Chicago Press, 2004. Cf., ainda, Richard Bellamy, *Political constitutionalism: a republican defense of the constitutionality of democracy*, cit., p. 8: “I argue that taking rights out of politics, as legal constitutionalism attempts to do, gives rise to arbitrary rule”; e Mark Tushnet (ed.) *I dissent*, Boston: Beacon Press, 2008, p. XXV: “Critics of judicial review, early and late, have questioned why the ‘judges views’ about the Constitution should always win out when the judges disagree with the constitutional views embodied in legislation adopted by the people and their representatives (*omissis*) Politicians have regularly asserted their right to disagree with the courts about the Constitution meaning”.

¹⁰² Mark Tushnet, *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, New Jersey: Princeton University Press, 2008, pp. 22-23: “Under a strong-form system like that emerging from the U.S. Supreme Court’s decisions, the tension between judicial enforcement of constitutional limitations and democratic self-government is obvious. The people have little recourse when the courts interpret the Constitution reasonably but, in the reasonable alternative view of a majority, mistakenly. We can amend the Constitution, or wait for judges to retire or die and replace them with judges who hold the better view of what the Constitution means. Weak-form systems of judicial review hold out the promise of reducing the tension between judicial review and democratic self-governance, while acknowledging that constitutionalism requires that there be some limits on self-governance. The basic idea behind weak-form review is simple: weak-form judicial review provides mechanisms for the people to respond to decisions that they reasonably believe mistaken that can be deployed more rapidly than the constitutional amendment or judicial appointment processes”.

¹⁰³ Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the courts*, New Jersey: Princeton University Press, 2000. Nesse passo, Tushnet repercute vozes muito antigas, pois dá-nos notícia, André Mathiot, *Les offensives du Congrès des Etats-Unis contre la jurisprudence constitutionnelle de la Cour Suprême*, in: *Mélanges offerts a Marcel Waline : le juge et le droit public, Tome I*, cit., p. 51 que, « en 1909, le sénateur McLaurin

Ely, por sua vez, advoga por uma limitação material da competência da Suprema Corte. Com apoio no postulado da jurisdição constitucional como uma restrição à democracia, o autor vincula a atuação da Corte aos direitos que condicionam o procedimento majoritário de formação da vontade política, tais como liberdade de expressão, associação política e não-discriminação, condições de plena legitimidade da democracia. No concernente aos demais direitos do homem, Ely os submete à conformação majoritária, contra a qual, mesmo em questões processuais penais, não caberia recurso à jurisdição constitucional: “a analogia do árbitro resulta também apropriada: o árbitro só intervém quando uma das equipes obtém uma vantagem injusta, não quando a equipe má marca um ponto”¹⁰⁴.

Em linhas gerais, a crítica americana à jurisdição constitucional funda-se em uma sempre renovada esperança na excepcionalidade institucional do país, na ideia de que seu sistema de *checks-and-balances*, associado ao pluralismo de centros de poder impõem, por si mesmos, o bom senso e a racionalidade aos órgãos político-majoritários. Choper, contrapondo-se à percepção de Hamilton segundo a qual os órgãos majoritários, por deterem um a violência institucional e o outro o orçamento, são perigosos, lembra que tanto a Constituição americana quanto o *Bill of Rights*, “que contêm limitações substanciais definidas para os governos estaduais e federal, muitas em favor das minorias – foram promulgadas pela maioria através do processo político”¹⁰⁵. Contra a mesma tese, e depois

s'écrit : ‘Je ne vois pas pourquoi le Congès des États-Unis serait contraint de zigzaguer à traves les décisions incohérentes de la Cour’ et le sénateur Anselm J. Money proclamait : ‘Je ne suis pas ceux qui considèrent une décision de la Cour suprême comme un Africain la divinité qu’il révère. Je respecte une telle décision jusqu’au point exact où elle se fonde sur le bon sens et dur la logique, mais, quand lle viole la loi du sens commun, je cesse de la respecter, j’y suis simplement soumis en tant que citoyen’ ».

¹⁰⁴ John Ely, *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*, Madrid: Siglo del Hombre Editores, 1997, p. 129. Pensamos, não obstante, que em *The invisible constitution*, New York: Oxford University Press, 2008, p. 46, Laurence Tribe oferece critério mais aceitável: “On the one hand, some of the questions on which the Constitution’s text is silent-such as the questions of how far Congress may subordinate the states as separate sovereigns, or of how far government may intrude into the intimate details of personal life-are probably better entrusted to the independent federal judiciary than to officials who must stand for reelection. On the other hand, some of the matters that the Constitution’s entirely visible text squarely address-such as the questions of just what constitutes an impeachable offense-are probably best left for final resolution to an institution other than the Supreme Court, particularly the Senate”.

¹⁰⁵ Jesse Choper, *Judicial review and the national political process*, cit., p. 8: “Under this view, the assumption (and hope) is that the decisions of the representatives bodies will be rational and just and that the social conscience of the majority of the populace – as molded and articulated by its leaders – will prevent invasion of the rights of the minority. In general, this is the scheme in England and in many others western democracies with written constitutions. Early confidence for this assumption in American society is found in the fact that the Constitutional and the Bill of Rights – which contain definitive and substantial limitations on both the national and the state governments, many of which favor minorities – were promulgated by

de afirmar que a “Corte não é mais, nas palavras de Alexander Bickel, o Poder menos perigoso”, O’Brien lembrou, entre outros precedentes, que

os votos dissidentes lamentaram que a Corte tenha efetivamente decidido o resultado da eleição presidencial de 2000, colocando em perigo a reputação da Corte pelos anos que hão de vir. Mesmo sendo *Bush vs. Gore* um exemplo dramático da intervenção da Corte no processo político, a Corte, regularmente, derruba atos do Congresso, dos Estados, e mesmo de governos municipais (*omissis*). A nomeação controversa dos juizes, sua luta por influência, a estrutura cada vez mais burocrática da Corte, e as controvérsias políticas inflamadas por importantes casos como *Roe*, *Case*, e *Bush v. Gore* iluminam o difícil e incômodo papel encenado pela Suprema Corte na vida política americana¹⁰⁶.

Ainda um último argumento, o de que a multiplicação dos centros de poder e grupos de pressão política é também um fator a dispensar a incisividade política da jurisdição constitucional. Pondera Auerbach que a maioria é composta por um “imenso espectro de opiniões”, por uma “coalizão de minorias, em sua maioria, moderadas”, terminando por afirmar que “a maioria monolítica não existe” e que seria “impossível para um partido no poder oprimir algum elemento do partido adversário sem oprimir, ao mesmo tempo, elementos de suas próprias bases”. Em suma, não temos porque temer as arbitrariedades dos órgãos político-majoritários, pois “a conciliação e a acomodação política caracterizam tanto o processo legislativo quanto o administrativo, e também a competição por votos”¹⁰⁷.

A mais influente linha teórica que se opõe à atualização jurisdicional da Constituição não propõe uma permanência do legalismo revolucionário, mais que isso, sob os auspícios de Habermas, pretende uma “república democrata-radical”, posta em “revolução permanente”¹⁰⁸.

majorities through the political process. Furthermore, without denying that some serious abridgments of important personal liberties have periodically occurred, American history has show, certainly at the national level and generally at the state and local level as well, that with relatively few exceptions – usually regarding peculiarly identifiable, despised, and defenseless groups – the political process has not tyrannized minorities”.

¹⁰⁶ David O’Brien, *Storm Center: The Supreme Court in american politics*, cit., pp. 30-31.

¹⁰⁷ Carl Auerbach, *The reapportionment Cases: One person, One Vote-One Vote, One Value*, 1964, I, p. 52, *apud*, Jesse Choper, *Judicial review and the national political process*, cit., p. 9.

¹⁰⁸ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 597.

Habermas propõe-nos um novo tipo de democracia, onde a noção de procedimento torna-se nuclear para a fundamentação racional das instituições políticas e do direito. A produção normativa resultante de um procedimento dialogal ideal¹⁰⁹ não pode ter sua validade aferida pela jurisdição constitucional. Entende-se que uma tal fonte do direito não pode ser controlada a partir dos direitos fundamentais, já que a “democracia radical” entende os “direitos do homem como manifestação da vontade popular soberana”¹¹⁰. Ademais, por terem sido despojados de todo o “substancial”, e por serem apreendidos por um referencial “pós-metafísico”, os princípios constitucionais deixam de remeter a “direitos naturais”, sendo garantidos apenas pelo “procedimento de formação da opinião e da vontade, que assegura iguais liberdades através de direitos universais de comunicação e participação”¹¹¹.

A condução procedimental do modelo político surge, de acordo com Habermas, como contraponto à “materialização do direito”, à sua “remoralização”¹¹², processo pelo qual o sistema jurídico abre-se a “argumentos concernentes a princípios morais e a argumentos concernentes a objetivos políticos que relaxam a vinculação linear da justiça com o previamente estabelecido pelo legislador político”, resultando em um incremento do poder do Judiciário e do alcance de suas decisões, processo que “ameaça desequilibrar a armação normativa do Estado clássico de direito”¹¹³.

¹⁰⁹ Anna Pintore, *I diritti della democrazia*, disponível em: <http://dinomaiorca.altervista.org/dirittidemocrazia.htm>, acesso em: 05.09.2008: “L’esito della procedura dipende dal confronto tra argomenti imparziali miranti a conseguire un consenso razionalmente motivato intorno al bene comune (immaginano i partecipanti alla deliberazione come animati da uno spirito cooperativo, dalla ragionevolezza e dal mutuo rispetto, e ritengono che l’esito delle procedure democratiche sia la convergenza intorno a una posizione da tutti condivisa, che incorpora l’interesse o il bene comune)”.

¹¹⁰ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 598.

¹¹¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit, p. 602.

¹¹² Neste ponto, Habermas foi convincentemente corrigido por Omar Chessa, *La teoria costituzionale dopo lo “Stato de partiti”*, disponível em: <http://www.dirittoestoria.it/4/Contributi/Chessa-Teoria-costituzionale-Stato-di-partiti.htm>, acesso em 02.10.2008, item n.º. 2, quando o italiano lembra que não se *reaproxima* a moral do direito, apenas se retira do legislador o monopólio sobre essa aproximação: “Il giuspositivismo quindi ha significato non già assoluta cesura tra diritto e morale, ma solo che la connessione tra i due termini non poteva essere diretta, bensì sempre indiretta, cioè mediata da um sovrano. Di talché lo studio scientifico del diritto avrebbe potuto prendere in considerazione le assunzioni etiche sottese all’ordinamento normativo solamente nella misura in cui queste fossero incapsulate nella volontà, nell’intento del legislatore. Anche nei frutti più maturi del diritto pubblico europeo si ripropone questo schema di connessione indiretta tra diritto e giustizia”.

¹¹³ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit, p. 319. Aqui mostram-se bastante claras as relações entre Habermas e o hegelianismo, omitidas pelos atuais seguidores do primeiro; cf., para tanto, W. Friedmann, *Théorie générale*

Gostaríamos de ressaltar, ainda, uma nota importante do edifício teórico habermasiano, consistente em uma aberta hostilidade em relação à rigidez constitucional, nota que aproxima Habermas do arcabouço revolucionário que pretende superar¹¹⁴:

Aqueles que não tiveram a sorte de figurar entre os afortunados herdeiros dos pais fundadores da Constituição americana, não podem encontrar precisamente em suas próprias tradições boas razões que lhes permitam distinguir entre o digno de conservar-se e o que necessita de crítica¹¹⁵.

Por fim - e talvez ainda mais indicativo do intuito do autor em expurgar a rigidez constitucional de seu modelo democrático radical -, Habermas propõe a substituição do controle das jurisdições constitucionais por um “autocontrole do legislador” instituído ao modo de um tribunal: “uma comissão parlamentar composta também por profissionais do direito”¹¹⁶. Prossegue Habermas nestes termos:

O legislador não dispõe, a sua vez, da competência para comprovar se os tribunais, em seu negócio de aplicar o direito se servem exatamente das razões normativas que, à época, concorreram para a formação da fundamentação presumivelmente racional de uma lei. Por outro lado, o que se chama controle abstrato de normas pertence inquestionavelmente às funções do legislador. Portanto, não seria totalmente desacertado reservar esta função, também em última instância, a um controle do legislador

du droit, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, p. 118: « La morale, antithèse du droit abstrait, n’occupe qu’une place restreinte dans le système de Hegel (*omissis*) la morale est un facteur rationnel, un stade de la réflexion de l’individu. Son aversion pour le tendance subjective état si forte que la morale se trouve complètement engloutie dans l’intuition de l’Etat, qui l’incarne. Cela a largement contribué à sa réputation de protagoniste de l’Etat déifié », e pouco mais adiante (p. 127): « l’opposition du droit individuel à la communauté sociale montre l’influence de Hegel ».

¹¹⁴ Michel Rosenfeld, *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, cit., pp. 120-121: “il consenso è pure la base per la legittimità in teorie che non ricadono, in senso stretto, nel paradigma del contratto sociale ma che nondimeno hanno con quest’ultimo notevoli affinità, come la teoria discorsiva della giustificazione del diritto basata sul consenso elaborata da Habermas”.

¹¹⁵ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 64. E, em outra passagem (p. 603), referindo-se a Fröbel, elogia a posição que “prohíbe la inmutabilidad de la Constitución y toda restricción impuesta desde fuera a la soberanía popular interpretada en términos procedimentales. Los derechos del hombre no compiten con la soberanía popular; son idénticos a las condiciones constitutivas de una práctica de formación discursivo-pública de la opinión y de la voluntad que se restringe a sí misma, la división de poderes se explica entonces por la lógica de la aplicación y de la ejecución controlada de las leyes producidas por esa vía”.

¹¹⁶ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 314. No mesmo sentido, Anna Pintore, *El Derecho sin verdad*, Madrid: Dykinson, 2006. A ideia, não obstante, parece temerária até mesmo para críticos assíduos da jurisdição constitucional, cf., nesse sentido, Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, cit., p. 99: “no es fácil defender la plausibilidad de un control constitucional meramente mayoritario, ni es obvio que los acuerdos mayoritarios tengan algo que ver con lo consenso ideal para buscar su justificación, ni tampoco está claro que las mayorías legislativas se identifiquen con las mayorías ciudadanas (dado este que muchos autores populistas e muchos de sus críticos toman por evidente)”.

(*omissis*) A transferência dessa competência a um tribunal constitucional necessita, pelo menos, de uma justificação bastante complexa¹¹⁷.

O conjunto da crítica termina por deixar assentado que a jurisdição constitucional exerce um poder de veto sobre o legislador, tornando-se o controlador não controlado, e por isso convém que a última palavra seja dada por uma assembleia representativa, e não por uma aristocracia judiciária que dá aos direitos uma conotação de intangibilidade, e os subtraem ao desenvolvimento político. Tal concepção cristalizou-se com eloquência nas palavras do Juiz Learned Hand:

Seria muito penoso para mim ser dirigido por um bando de Guardiões Platônicos, mesmo se eu soubesse como escolhê-los, o que eu certamente não sei. Se eles estão no comando, eu perderei o estímulo de viver em uma sociedade em que eu tenho, ao menos teoricamente, alguma participação na direção dos assuntos públicos. É claro, eu sei quão ilusório pode ser a crença de que o meu voto determina alguma coisa, todavia, quando eu vou às urnas eu tenho a satisfação de estar engajado em uma aventura comum¹¹⁸.

3 A superação do paradoxo

A superação (ou negação da existência) do paradoxo imputado à democracia constitucional se dá, exatamente, a partir da constatação de que a progressiva rigidez das cartas políticas e a instauração de jurisdições constitucionais, situadas fora e acima da divisão de poderes característica das democracias modernas, significa uma evolução político-institucional¹¹⁹, uma mudança no paradigma da distribuição e limitação

¹¹⁷ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit, p. 315.

¹¹⁸ Learned Hand, *The Bill of Rights*, Atheneum, 1959, pp. 73-4, *apud*, Archibald Cox, *The role of the Supreme Court in american government*, New York: Oxford University Press, 1977, p. 116. No mesmo sentido, recentemente, Richard Bellamy, *Political constitutionalism: a republican defense of the constitutionality of democracy*, cit., p. 7: “political constitutionalism addresses the task of building a democratic public culture by viewing all citizens as equal participants in the collective endeavour to frame a just social order”.

¹¹⁹ Jon Elster, *et al.*, *Constitutionalism and democracy*, cit., p. 226: “Still the catastrophe of 1933 suggests, once again, that constitutional precommitment and democratic politics may not be so antagonistic as Jefferson and Paine sometimes believed. There is a paradox but no contradiction here. Theorists who recognized the paradox, such as Madison, also embraced it”. Também assim Francisco Pires, *Legitimidade constitucional e princípio da maioria*, cit., p. 170: “Este controlo da constitucionalidade tem ainda a ver com a democracia por uma forma que nós poderíamos considerar a garantia das suas virtudes contra os seus defeitos. A democracia precisa de ser garantida contra os seus débitos (liberalistas) e contra os seus excessos (democratistas). Os direitos fundamentais, por exemplo, estão na charneira destes dois perigos. Poderíamos chamar aos TCs nesta óptica um filtro das impurezas da vontade geral, especialmente importante quando o decisionismo

do poder dentro do Estado, e entre o Estado e o cidadão. Poder-se-ia dizer, uma substituição da cultura legalista pela cultura constitucionalista: “estatizante, objetiva e legislativa, a primeira; pré-estatal, subjetiva e jurisdicional, a segunda”¹²⁰. Hesse deu formulação insuperável a essa ordem de ideias:

Com isso (a legitimidade majoritária), a ordem democrática da Lei Fundamental não se dá por satisfeita. Como ordem de um processo político livre e aberto, é importante para ela não somente a fundamentação do domínio limitado temporal e objetivamente, legitimado pela maioria do povo, mas simultaneamente também iniciativas e alternativas pluralistas. Ela dá, por conseguinte, lugar ao seguimento de objetivos políticos diferentes, do mesmo modo como aos conflitos, e ela possibilita sua solução; ela assegura também, sob esse aspecto, a oportunidade igual para a realização daqueles objetivos e abre possibilidades de cooperação e exercício de influência também para aqueles grupos que não fazem parte da maioria sustentadora do domínio. Nesse ponto, a participação das minorias no processo político ultrapassa aquela de um mero ficar na minoria e somente sob esse pressuposto pode ganhar realidade a participação de todo o povo no processo político em uma coletividade pluralista (*omissis*) Democracia é, na estrutura constitucional da Lei Fundamental, finalmente, forma de limitação do poder estatal. As faculdades de domínio, que ela fundamenta, já são de antemão limitadas, somente confiadas a prazo, e mesmo o povo, do qual emana todo poder estatal, está vinculado pela Constituição. A participação de forças políticas diferentes no processo político contribui para isto, assegurar a observância desses limites; porque ela conduz a uma certa autolegalidade de controle e limitação recíproca e é, por conseguinte, adequada para impedir abuso de poder¹²¹.

Ser-nos-ia, talvez, permitido avançar ao ponto de considerar que as disposições constitucionais fundamentais estão imantadas, em potência, tanto do princípio democrático-majoritário quanto das limitações minoritárias, e sua atuação se dará em privilégio, de um ou outro, conforme os interesses envolvidos e as consequências práticas da decisão que acomoda – *tempus et locus* - os valores que a eles subjazem¹²².

democrático pode levar tudo de vencida”. Cf., por derradeiro, Federico Sorrentino, *Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione*, cit., ite, n.º 1: “La forma di stato introdotta dal costituente s’inquadra, infatti, nell’ambito delle democrazie liberali, in cui agli organismi rappresentativi, investiti di mandato popolare, si affiancano altri organismi, composti in base a qualità professionali, cui viene affidato il compito di dare attuazione ai comandi stabiliti dai primi”.

¹²⁰ Alfonso Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, cit., item n.º 4.

¹²¹ Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., pp. 121-123.

¹²² Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 220. Em sentido análogo, Cesare Pinelli, *Diritto, legge, costituzione. Variazioni sul tema*, disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200210/pinelli.html>, acesso em:

Compreender, por conseguinte, que, não tanto paradoxais, democracia e rigidez constitucional teriam uma relação simbiótica¹²³, implica aceitar que “nosso ideal democrático não nos conduz a admitir que a vontade da maioria seja onipotente”¹²⁴.

Devemos insistir, portanto, não obstante a autoridade da crítica referida, no argumento contramajoritário, a sustentar que os poderes político-majoritários não são capazes de garantir os direitos civis e individuais das minorias contra as demandas políticas que, com eles, se tornaram hegemônicas¹²⁵. Isso é tão certo que mesmo de países tradicionalmente avessos ao controle judicial das leis e da atividade dos parlamentos¹²⁶, nos chegamos notícias de que “a insuficiência das garantias legislativas das liberdades públicas é manifesta e grave”¹²⁷. Levantando-se dúvidas sobre se direitos como a liberdade de expressão, as garantias processuais dos acusados e outras liberdades civis estariam realmente seguros “deixados ao Parlamento, sem a provisão de um desenvolvimento judicial mais criativo e vigoroso”¹²⁸. Somos críticos, portanto, das teorias que propugnam a restrição da rigidez constitucional e da jurisdição consequente.

Contra a restrição material das competências dos órgãos de jurisdição constitucional, proposta por Ely, já se argumentou que a “Constituição não é meramente um documento procedimental, silente sobre questões substantivas”, e que o autor vê seu

09.03.2009, item nº. 5: “il ritorno al diritto coincide con la rinuncia alla deliberazione politica che nella legge si esprime, in presenza di situazioni divenute troppo complesse”; e, Antonio Ruggeri, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, cit., item nº.5: “la fluidità e la varietà dei casi, così come la mobile combinazione dei valori da essi evocati in campo, consiglia di rifuggire da ogni forma di irrigidimento teorico”.

¹²³ Jon Elster, *et al.*, *Constitutionalism and democracy*, cit., p. 197, sugere que “constitutionalism and democracy are mutually supportive”.

¹²⁴ Mauro Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, cit., p. 275.

¹²⁵ Henri De Page, *A propos du gouvernement des juges*, cit., p. 194 : « Il ne faut pas seulement admettre le gouvernement des juges parce que la loi est, en soi, insuffisante pour régler toute la complexité du droit, mais aussi parce qu'une certaine autonomie du juge est la plus forte garantie du respect de la liberté (*omissis*) les juges défendent les intérêts individuels contre l'omnipotence d'un législateur qui peut, un jour, ne plus avoir la notion exacte de ses devoirs ».

¹²⁶ A soberania parlamentar inglesa foi assim definida por Laurence Claus, *Separation of powers and parliamentary government*, in: Vikram Amar, *The global perspectives on constitutional law*, New York: Oxford University Press, 2009, p. 49: “The principle of Parliamentary sovereignty means more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognized by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament”.

¹²⁷ Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, V, p. 9, *apud*, Sadok Belaid, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, cit., p. 98.

¹²⁸ Cf., a esse respeito, Archibald Cox, *The role of the Supreme Court in american government*, cit., p.115. O autor se refere à realidade britânica. Tal tendência talvez explique porque, depois de trezentos anos, em 1998, a Inglaterra tenha adotado uma codificação de direitos (*Britain of the Human Rights Act*), disponível em: http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1998/ukpga_19980042_en_1, acesso em: 04.06.2009.

argumento comprometido por não levar em conta que “alguns direitos advêm das necessidades do governo representativo, mas outros não”¹²⁹.

Da mesma forma, se assiste razão a Choper e Auerbach, no sentido de que o processo político atual é continente para muitas posições políticas distintas, mesmo dentro de uma mesma coalizão prevalecente, e que, por isso, as minorias não se confrontam nunca com uma maioria monolítica e desarrazoada, pode-se também dizer que os autores passam, com o argumento, ao largo do problema. O que se pretende delegando uma função contramajoritária à jurisdição constitucional não é garantir apenas, em sua esfera participativa, as minorias representadas no Parlamento, mas, também, e principalmente, sustentar a opção de vida de indivíduos e grupos que não logram ascender à representação política.

Por fim, quanto a Habermas, já foi dito que o pressuposto para a operação de sua democracia radical, condensado na expressão “situação ideal de comunicação”, termina substituindo o “esquema sujeito-objeto” por uma certa “razão comunicativa”, que opera em um “mundo supra-sensível”¹³⁰, um mundo em que existe um “amplo consenso sobre normas e valores extralegais, ou, em outras palavras, uma forte convergência sobre a concepção do bem”¹³¹.

Na verdade, nos parece contraditória a simples postulação de um condição de discurso *ideal pós-metafísica*. O *ideal* é sempre metafísico, pelo que, referir-se, com Habermas, a uma situação ideal de comunicação¹³², com Palombella, a um auditório “no

¹²⁹ Jon Elster, *et al.*, *Constitutionalism and democracy*, cit., p. 198.

¹³⁰ Lenio Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 57-58.

¹³¹ Michel Rosenfeld, *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, cit., pp. 150. Contra tal projeto, cf. o que diz Laurence Tribe, *The invisible constitution*, cit., p. 86: “A premise of our system is that good will, altruism, and empathy are insufficient safeguards against such arbitrariness and oppression”.

¹³² Karl-Otto Apel, *Fundamentação normativa da Teoria Crítica: recorrendo à eticidade do mundo da vida e Dissolução da ética do Discurso?*, in: Luiz Moreira (org.), *Com Habermas contra Habermas*, São Paulo: Landy, 2004, p. 276, a esse respeito, ponderou: “Com a intenção de ser cuidadoso e crítico nesse argumento, no ‘sentido pós-metafísico’, Habermas sofreu, contrariamente a sua intenção, uma recaída no modo de pensar dogmático-metafísico (*omissis*) ele se considera capaz de propriamente compreender, como contingentes, não só todas as formas de vida histórico-contingentes, mas também a sua relativização transcendental filosófica, sem dedicar atenção à condição de possibilidade e de validade desse distanciamento”. Note ainda o leitor que uma situação ideal de comunicação implica posse daquilo que os teóricos do conhecimento chamam sistema de linguagem. Tais sistemas, todavia, mesmo em suas configurações mais simples e menos valorativas, têm suas condições de funcionalidade atacadas por uma impressionante lista de obstáculos; cf., nesse sentido, Donald Davidson, *Ensaio sobre a verdade*, São Paulo: Unimarco, 2002, p. 45: “Uma vez que acredito não haver alternativa, tomei uma posição otimista e pragmática das possibilidades para uma caracterização formal de um predicado-de-verdade para uma linguagem natural. Mas deve-se admitir que uma assombrosa lista de

exercício das suas melhores capacidades racionais”¹³³ ou, com Aarnio, a uma “audiência ideal particular”¹³⁴, significa estar próximo do mergulho definitivo na fenomenologia do *Geist* objetivo¹³⁵, na metafísica de Hegel¹³⁶: “As instituições jurídicas são do domínio do espírito objetivo”^{137/138}.

Contra esse estranho renascimento da metafísica nas paragens do direito e da interpretação jurídica, convém lembrar a análise de Ricoeur acerca do Espírito hegeliano. “Que o capítulo VI, intitulado ‘Geist’, espírito, supera uma fenomenologia da consciência, isso é o mais notório” – ponderou o autor. “Que ele permaneça uma

dificuldades e enigmas permanece. Para nomear algumas: não conhecemos a forma lógica das sentenças contrafactuais ou subjuntivas; nem das sentenças sobre probabilidade e sobre relações causais; não temos uma boa idéia sobre qual seja o papel lógico dos advérbios, nem o papel dos adjetivos atributivos; não temos uma teoria para termos de massa como “fogo”, “água” e “neve”, nem para as sentenças sobre crença, percepção e intenção, nem para verbos de ação que impliquem propósito. E, finalmente, há todas as sentenças que parecem absolutamente não possuir valores de verdade: as imperativas, optativas, interrogativas, e outras mais. Uma teoria compreensiva do significado para uma linguagem natural deve enfrentar com sucesso cada um desses problemas”.

¹³³ Gianluigi Palombella, *Filosofia do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 321.

¹³⁴ Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, p. 284.

¹³⁵ Cf., a esse respeito, Georg Hegel, *Princípios da filosofia do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 226: “O princípio dos Estados modernos tem esta imensa força e profundidade: permitem que o espírito da subjetividade chegue até a extrema autonomia da particularidade pessoal ao mesmo tempo que o reconduz à unidade substancial, assim mantendo esta unidade no seu próprio princípio”. São muitas, e nem sempre claras, as formas com que Hegel utiliza o termo *Geist* (espírito), referimo-nos, nesse passo, ao que melhor foi definido como Espírito objetivo; cf., nesse sentido, Michael Inwood, *Dicionário de Hegel*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, v.b. Espírito: “Espírito objetivo é o espírito comum de um grupo social, consubstanciado em seus costumes, leis e instituições (direito), e impregnando o caráter e a consciência dos indivíduos pertencentes ao grupo. É concebido como a objetivação do *Geist* subjetivo”.

¹³⁶ « En fait – afirmou Radomir Lukic, *Théorie de l’État et du droit*, cit., p. 32: tout ontologie générale étend ses considérations également à l’État et du droit et cherche à déterminer leur nature dans le cadre de la conception générale du monde. Ainsi, certains y verront des créations de la volonté ou de la raison divines; d’autres, une idée objectivement existante; d’autres encore, le reflet de la nature humaine; d’autres enfin, une création sociale conditionnée par des circonstances sociales déterminées etc. ». Exemplo italiano da esperança no Espírito objetivo, pode ser aferido nos escritos de Santi Romano, como, v. g., *L’ordinamento giuridico*, Firenze: Sansoni, 1962, p. 18, *apud*, Ugo Pagallo, *Alle fonti del diritto: mito, scienza, filosofia*, cit., p. 161: “Normalmente gli individui si riconoscono l’un l’altro come soci, e quindi tendono alla loro spontanea collaborazione e al rispetto delle reciproche libertà. Ma poiché fra essi sono possibili divergenze e contesse, occorre l’intervento di una coscienza superiore, che sia riflesso e rappresenti l’unificazione di quelli. Questa coscienza che incarna le ragioni della coesistenza e del sistema in cui i singoli si unificano, che fa da mediatore, che appella al rapporto delle parti fra loro e col tutto, che è come l’incarnazione dell’io sociale, del *socius* tipico, astratto, oggettivo, è data per l’appunto dal diritto”. Entre nós, a esperança na apreensão do Espírito objetivo – hoje manifestada no procedimentalismo habermasiano – é por demais febril e disseminada para que seja necessário provar sua existência.

¹³⁷ W. Friedmann, *Théorie générale du droit*, cit., p. 117.

¹³⁸ Cumpriria ressaltar que não se está aqui atacando o valor das reflexões acerca da formação e regulação democrática do diálogo no seio de uma comunidade política complexa, tal teoria é de fundamental importância para a ciência política e para o constitucionalismo. Porém, vemos como um indício de má compreensão do problema o pretender que a regulação do espaço político-discursivo seja suficiente garante para os valores constitucionais.

fenomenologia na consciência, isso é menos visível”. Se é assim, já não estaríamos na ordem da moralidade universal, mas na de sua “actualização concreta em ações, obras e instituições”¹³⁹. Gostaríamos de frisar, em especial, um ponto – e daí mostrar-se fundamental a análise de Ricoeur -, um detalhe, o de que todo esse edifício, tal qual o de Rousseau, se ergue sobre a obliteração da consciência individual¹⁴⁰:

Atesta-se que o indivíduo encontra a sua significação na medida em que a encontra realizada em instituições que têm, ao mesmo tempo, substância e reflexividade. A consciência só se torna universal ao entrar no mundo da cultura, dos costumes, das instituições, da história. O espírito é a afectividade ética. Relativamente a esta afectividade, a esta efectuação, todos os estádios anteriores não passam de abstracções, inclusive a consciência de si e a razão (*omissis*) A ética pessoal ainda não era vida cultural. Hegel exprime-o ao dizer: “O espírito é este tipo de consciência que não tem apenas a razão, mas que é a razão” (*omissis*) Assim, reconcilia o facto e o sentido e põe fim à separação entre a racionalidade e a existência (*omissis*) Tal é, parece-me, o espírito hegeliano (*omissis*) O “espírito certo de si mesmo” é, assim, constituído em instância hermenêutica, quero dizer, em critério de sentido, em medida de verdade, relativamente a todas as modalidades que o precedem¹⁴¹.

Concluimos, então, que seria conveniente firmar-se o indivíduo como produtor de sentido, e tornar obrigatória a ponderação de “critérios mínimos da acção humana”, ou seja, o poder ser caracterizada por “projetos, intenções, motivos de agentes capazes de imputarem a si próprios a sua acção”, pois “se se abandonarem estes critérios mínimos, começam a hipostasiar-se, de novo, as entidades sociais e políticas, a elevar o poder até ao céu e a tremer perante o Estado”¹⁴². Esse o preço de um direito tomado como fruto da força racional organizada: uma supressão da experiência jurídica subjetiva, que transforma o ofício do jurista em “mera metabolização do poder”¹⁴³.

¹³⁹ Paul Ricoeur, *Do texto à acção: ensaios de hermenêutica II*, Porto: RÉS-Editora, 1989, p. 281.

¹⁴⁰ Nesse sentido, cf., W. Friedmann, *Théorie générale du droit*, cit., pp. 120-122 : « Hegel ne souhaitait pas exalter un Etat existant en tant que tel, mais ses déductions amenèrent d'autres à affirmer la suprématie déterminée de l'Etat sur l'individu (*omissis*) Le principal danger des théories de Hegel sur l'individu découvrant son véritable moi rationnel dans l'Etat pouvait mener, et n'a pas manqué de le faire, à l'absorption de l'individu dans l'Etat divinisé ».

¹⁴¹ Paul Ricoeur, *Do texto à acção: ensaios de hermenêutica II*, cit., pp. 281-283.

¹⁴² Paul Ricoeur, *Do texto à acção: ensaios de hermenêutica II*, cit., p. 299. Cf., ainda, o alerta de Jean Brun, *O neoplatonismo*, Lisboa: Edições 70, 1988, pp. 88-89: “desde o aparecimento da sociologia e dos totalitarismos, assiste-se a uma entronização destes Universais que são hoje: a Humanidade, a Sociedade, o Estado, a Raça, a Classe, o Partido, etc, face aos quais os indivíduos são tidos como meras abstracções”.

¹⁴³ Ugo Pagallo, *Alle fonti del diritto: mito, scienza, filosofia*, cit., p. 161: “Risulta chiaro il prezzo (teorico) da pagare per il ‘fatto compiuto’ del diritto, ossia, la rappresentazione dell’ordinamento come prodotto della ‘forza organizzata’. L’obiettivizzazione del diritto non può che coincidere con la desoggettivizzazione

CAPÍTULO II: A NATUREZA CONTRAMAJORITÁRIA DO ESTADO CONSTITUCIONAL E AS FUNÇÕES DE SUA JURISDIÇÃO

1 Natureza contramajoritária do Estado Constitucional

Os parágrafos seguintes buscam solidificar o entendimento de que uma constituição rígida retira da órbita política ordinária um conjunto de decisões tomadas, em caráter definitivo, pelo constituinte originário¹⁴⁴, contra as quais eventuais maiorias legislativas não se poderão insurgir¹⁴⁵, decisões, portanto, contramajoritárias. A definição funcional das cortes constitucionais como enclaves contramajoritários dentro do sistema de freios e contrapesos, por conseguinte, torna-se um marco contra a ideia que associa, sem arestas, democracia e majoritarismo puro¹⁴⁶.

A jurisdição constitucional deve deixar de ser vista – aceita a premissa – como uma forma de temperamento da democracia, para tornar-se parte funcional da vida

dell'esperienza giuridica, nello stesso modo in cui la funzione del giurista finisce per esaurirsi nella semplice metabolizzazione del potere”.

¹⁴⁴ Vezio Crisafulli, *Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes*, cit., p. 358: “la Constitución sustrae ciertas materias, no siempre rigurosamente precisadas, a la competencia de la que sería, usualmente, la fuente superior; o sea, la ley formal del Estado”. Essa afirmação é ainda mais correta quando temos em mente países em que são vedadas determinadas alterações constitucionais (como acontece com as nossas cláusulas pétreas, art. 60, § 4º da Constituição da República e também com o Art. 139 da *Costituzione della Repubblica italiana*, que enrijece a forma republicana de organização política), ou naqueles em que o processo de emenda à constituição é particularmente dificultoso (como nos EUA).

¹⁴⁵ Cf., acerca desse ponto, Ugo Pagallo, *Alle fonti del diritto: mito, scienza, filosofia*, cit., p. 104: “contro le eventuali degenerazioni rese possibili dalla tirannide della maggioranza, gli ordinamenti contemporanei non sono solo ‘democratici’, bensí ‘liberali-democratici’, proprio perché contemplano l’esistenza di alcuni principi che nemmeno l’unanimità dei voti dell’Assemblea è in grado (legalmente) di modificare”, e, Ran Hirschl, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, cit., p. 33: “Realizing the occasional temptation of popular majorities to adopt measures that infringe on the basic rights some members of the polity while not having an a priori indication of whose rights might be restricted by such potential measures, members of a polity might rationally choose to entrench the fundamental rules of the political game and the basic rights of its participants by granting a nonlegislative body that is insulated from majoritarian politics the power to review legislation. In so doing, members of the polity (or its constitutional assembly) provide themselves with precautions, or precommitments, against their own imperfections or harmful future desires, and tie themselves into their initial agreement on the basic rules and rights that specify their sovereignty. Proponents of this approach often regard the constitutionalization of rights and the establishment of judicial review as reflecting politics ‘and politicians’ genuine ‘maturity’ and deep commitment to a universal notion of human rights”.

¹⁴⁶ A esse respeito, entre nós, Lenio Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, cit., pp. 100-101. Alhures, Alfonso Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, cit., item nº. 2: “Infatti se per costituzionalismo si intende la limitazione legale del potere politico e se si considera che tale potere si esprime a vari livelli (dal potere costituente, appunto, al potere amministrativo, passando per quell legislativo), appare corretto argomentare nel senso che solo addomesticando il più alto e potenzialmente ‘terribile’, quello che è alimentato delle radici assolutistiche della sovranità, si possono creare le condizioni per dar luogo a un regime stabile”.

política republicana¹⁴⁷, pois, ao garantir a dignidade dos direitos fundamentais, não estará contradizendo o princípio democrático, mas concretizando-o¹⁴⁸. Na prática, significa dizer que o constitucionalismo contemporâneo abriga, em igualdade de condições, tanto a obrigação de realizar a vontade majoritariamente formalizada, quanto a garantia dos interesses legítimos afeitos à situação irrepitível do indivíduo, não admitindo a regra rousseauísta de que esses devem sempre ceder àquela¹⁴⁹.

Pertinente lembrarmos, então, com Bickel, que o Estado Constitucional de direito se estrutura - sendo essa a sua nota distintiva - contra as “maiorias flutuantes”, pelo que empresta “grande valor à estabilidade, e isso é um fator contramajoritário”¹⁵⁰. É preciso termos presente, sobretudo, que tanto a natureza quanto a função contramajoritárias do Estado Constitucional não derivam da conduta dos tribunais constitucionais, mas da opção por uma constituição rígida¹⁵¹. A fronteira da força político-majoritária é estabelecida pelo

¹⁴⁷ Mauro Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, cit., p. 274 : « C’est ainsi que la justice constitutionnelle, loin d’être par sa nature contraire à la démocratie et à la volonté de la majorité, se révèle constituer un instrument de base (pivot) pour protéger les principes de démocratie et de majorité contre un risque de corruption ». Cf., ainda, Jesse Choper, *Judicial review and the national political process*, cit., p. 59: “the essential role of judicial review in our society is to guard against certain constitutional transgressions which popular majorities specifically seek to impose”.

¹⁴⁸ Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, cit., pp. 45-47 : « Le Cours constitutionnelles sont une des institutions de l’espace des citoyens. Ou plus précisément, elles sont, au point de jonction des deux espaces, les institutions qui regardent, qui examinent du point de vue des droits des individus – de la Constitution – les décisions des organes de la société politique. Et c’est l’adoption de ce point de vue qui fonde la légitimité démocratique du contrôle de constitutionnalité ». Confirma tal posição doutrinária, v. g., a sent. 269/1986, prolatada pela Corte Costituzionale italiana, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>, acesso em: 08.01.2009: “nella vigente Costituzione la libertà di emigrazione è un diritto fondamentale che lo Stato riconosce e non attribuisce (e, che, può essere fatto valere anche nei confronti dello Stato)”.

¹⁴⁹ Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1976, p. 112: “Si afferma secondo questo principio che non vi è solo da tener conto degli interessi pubblici generali dello Stato, o, se così preferisce esprimersi, del popolo come collettività e come unità; ma va tenuto conto anche degli interessi particolari dei singoli, spesso in contrasto coi primi, e quali non è detto che debbano sempre cedere il passo di fronte ai primi. In alcune ipotesi sì, ma in altre no. È comun que occorre che siano tenuti presenti e valutati, e il loro sacrificio imposto non arbitrariamente, ma solo quando lo esigano superiori interessi generali. Si tratta in sostanza di ricercare e di attuare forme di tutela del suddito verso il sovrano, qualunque questo sia, democratico o meno”.

¹⁵⁰ Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, cit., p. 20. Cf., em sentido análogo, André Mathiot, *Les offensives du Congrès des Etats-Unis contre la jurisprudence constitutionnelle de la Cour Supreme*, cit., p. 55: « On n’a pas manqué d’observer que l’opposition de la Cour à la modernisation de l’impôt avait retardé la réforme pendant près de vingt ans, mais c’est essentiellement parce que, ni le Congrès, ni la nation, n’étaient encore vraiment résolus à aller de l’avant (*omissis*) les défenseurs du pouvoir judiciaire citent cet exemple comme celui d’une influence retardatrice salutaire, qui s’exerce jusqu’à ce que la nation ait vraiment réfléchi ».

¹⁵¹ Cf., v. g., Lourival Vilanova, *Escritos jurídicos e filosóficos, vol. I*, Brasília: IBET: 2003, p. 391, para quem o Supremo Tribunal Federal exerce “a guarda político-jurídica que as Constituições rígidas precisam

Tribunal em atenção ao dever de garantir essa rigidez, estando em perfeita coerência com a natureza da democracia constitucional, “a atividade do órgão controlador” precisar, “pouco a pouco, a esfera de ação que compete ao legislativo”¹⁵². Daí porque ponderou-se, com propriedade, que “a questão-chave para as cortes” não restringe-se ao significado legal ou histórico da Constituição, mas está principalmente em saber “quanta deferência é apropriado conceder ao legislador”¹⁵³.

Assim é que, mais uma vez, vemos confluir funções da jurisdição constitucional e rigidez da constituição, núcleo do qual é possível derivar a dificuldade contramajoritária: “Por que uma sociedade imporia limites aos seus próprios poderes soberanos? Por que uma sociedade democrática toleraria o que aparenta ser uma ditadura do passado sobre o presente”¹⁵⁴?

A resposta a tais questões, à margem da concordância com ela ou não, é uníssona: porque, no que concerne a determinadas matérias, o constituinte desconfiou do legislador ordinário e retirou-lhe, definitivamente, a competência legislativa¹⁵⁵. O que, por si só, explica as linhas gerais da jurisdição constitucional: “o controle judicial das leis expressa, evidentemente, uma forma de desconfiança em relação ao legislador”¹⁵⁶.

ter, para delimitarem-se as órbitas dos Poderes Executivo e Legislativo e obter-se, num regime federativo, o Estado-de-Direito”.

¹⁵² Raul Repetto, *Control de constitucionalidad de la ley*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 88.

¹⁵³ Kermitt Roosevelt III, *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*, cit., p. 59.

¹⁵⁴ Jon Elster, *et al.*, *Constitutionalism and democracy*, cit., p. 1.

¹⁵⁵ O próprio Jon Elster, *et al.*, *Constitutionalism and democracy*, cit., p. 3 ressalta que a Constituição serve, também, como “an obstacle to certain political changes”. Cf., ainda, Neil MacCormick, *Institutions of law: an essay in legal theory*, cit., p. 203, para quem a decisão judiciária definitiva acerca dos “basic rights”, “involves trusting a previous democratic majority, which adopted or signed up to the rights charter, while mistrusting the present majority to keep faith with the same rights, or-and here is the rub-to determine upon a restatement or re-interpretation of the inherent stock rights”; e Mark Tushnet, *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, cit., p. X: “Every variant of strong-form judicial review raises basic questions about democratic self-governance, because every variant allows the courts to displace the present-day judgments contemporary majorities in the service of judgments the courts attribute to the constitution’s adopters. Of course, constitutionalism is all about limiting contemporary majorities”.

¹⁵⁶ Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, cit., p. 21. Cf., ainda, Raul Repetto, *Control de constitucionalidad de la ley*, cit., p. 21: “pretender un respeto espontáneo de parte de los diversos órganos que dictan las leyes en cuanto a la conformidad de éstas con la constitución, es algo que estimamos ilusorio”. Vincando posição contrária, cf., Pedro Villalón, *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, cit., p. 89: “Creo que lo urgente en lo que se refiere a la legitimidad de ejercicio en la justicia constitucional es que esa legitimidad no se convierta nunca en una deslegitimación de la ley, es decir que la legitimidad de la justicia constitucional no suponga infravalorar o debilitar el estatuto de la Ley, que la Ley no se convierta en algo permanentemente bajo sospecha”.

Ao voltarmos nossa atenção à experiência italiana, igualmente notamos que a rigidez constitucional não é compreendida apenas como obstáculo formal à revisão constitucional, mas que, ao contrário, “o fator substancial” dessa rigidez prevalece na operação cotidiana do controle de constitucionalidade, aferido junto ao “critério sistemático e valorativo global do sistema constitucional”¹⁵⁷. Significa dizer - e o fez a *Corte Costituzionale* italiana - que a rigidez constitucional responde à teleologia da Constituição e não à sua letra ou aos dispositivos imantados por uma rigidez especial e expressa:

A Constituição italiana contém alguns princípios supremos que não podem ser subvertidos ou modificados em seu conteúdo essencial nem por lei de revisão constitucional, nem por outra lei constitucional (*omissis*) tais princípios são tanto os que a Constituição mesma prevê explicitamente como limite absoluto ao poder de revisão constitucional, como a forma republicana (art. 139 Cost.), quanto os princípios que, mesmo não sendo mencionados entre aqueles que não estariam sujeitos ao procedimento de revisão constitucional, pertencem à essência dos valores supremos sobre os quais se funda a Constituição italiana (*omissis*) se assim não fosse se assentiria ao absurdo de considerar o sistema de garantia jurisdicional da Constituição como defeituoso e ineficaz, exatamente em relação às normas de mais elevado valor¹⁵⁸.

De uma compreensão largueada do significado institucional da rigidez constitucional é que surgem, portanto, as feições finais do postulado da natureza contramajoritária do Estado Constitucional. Seria necessário observar, nesse sentido, que o desejo de liberdade é da essência de todo governo, não obstante existirem “várias razões para que sejam restringidos”, sendo uma das mais comuns a prática de “violar os direitos de alguns indivíduos simplesmente para promover os interesses de outros”¹⁵⁹. Estando justificado o juízo segundo o qual a “supremacia teórica do legislativo pode tornar-se perigosa”¹⁶⁰.

Lastreados por tais argumentos, vemos como descabidas e fatalmente destinadas a romper o equilíbrio pretendido com o Estado Constitucional de direito, propostas como a de Habermas, no sentido de que “não seria totalmente desacertado

¹⁵⁷ Augusto Cerri, *Concezioni proceduralistiche e concezioni sostanzialistiche della Costituzione nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, cit., item nº 2.1.

¹⁵⁸ Sent. 1146/1988, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>, acesso em: 25.12.2008.

¹⁵⁹ Jon Elster, *et al*, *Constitutionalism and democracy*, cit., p. 5.

¹⁶⁰ Neil MacCormick, *Institutions of law: an essay in legal theory*, cit., p. 45.

reservar esta função (controle de constitucionalidade das leis), também em última instância, a um controle do legislador”¹⁶¹, pois “isso equivaleria, de fato, a declarar flexível a Constituição além de ser a negação de todo o controle”¹⁶². “Se o Congresso puder definir seus próprios poderes para alterar o significado da 14ª Emenda – afirmou a Suprema Corte americana -, a Constituição não mais será o parâmetro superior, inalterável por meios ordinários”¹⁶³.

Postular uma jurisdição constitucional subalterna à maioria política, implica também “juízes constitucionais inúteis, enquanto simples cobertura das decisões da maioria, em contraste com o próprio papel e a própria natureza antimajoritária, a serviço da democracia”¹⁶⁴.

2 Fundamentação objetiva da limitação dos poderes político-majoritários

A percepção da Constituição como um elemento restritivo do horizonte de conformação das forças político-majoritárias pode ser, quanto às democracias contemporâneas, largamente assentada sobre o próprio conjunto normativo produzido por suas assembleias constituintes, significa dizer, encontra largo fundamento institucional. A legislatura ordinária, como deixamos assentado, tem seu âmbito de competência restrito pela crescente rigidez constitucional (expressa ou prospectada pelo labor hermenêutico das cortes) e onde remanesce competente, assiste a expressão de sua vontade ser regulada em procedimento (processo legislativo) e substância (obediência à opção ética fundamental do Constituinte, ou seja, aos princípios constitucionais)¹⁶⁵.

¹⁶¹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 315.

¹⁶² Raul Repetto, *Control de constitucionalidad de la ley*, cit., p. 85.

¹⁶³ 521 U.S. at 519, *apud*, Mark Tushnet, *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, cit., p. 22.

¹⁶⁴ Roberto Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, cit., item n° 5. No mesmo sentido, cf., W. Friedmann, *Théorie générale du droit*, cit., pp. 408-409 : « Pour cette analyse, il y a lieu distinguer trois types de systèmes juridiques. Le premier est la société totalitaire. Comme nous l'avons montré dans des chapitres antérieurs, elle est caractérisée par une étroite subordination de l'appareil judiciaire à l'idéologie politique dominante (*omissis*) Dans les sociétés non-totalitaires, la portée de l'idéalisme judiciaire diffère radicalement selon que l'autorité juridique finale est une Cour de Justice ou le Parlement. Quand c'est une Cour de Justice qui est gardienne officielle de la Constitution, elle ne peut que devenir un facteur vital dans l'évolution politique de l'Etat ».

¹⁶⁵ Dominique Rousseau, *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, cit., item I, A: “La carta, in effetti, definisce progressivamente uno schermo, o più precisamente, uno spazio che assicura simbolicamente e praticamente – attraverso la censura eventuale della legge – l'autonomia dei rappresentati rispetto ai rappresentanti”.

Rigidez constitucional¹⁶⁶. Reserva de lei e de regulamento. Estabelecimento, na própria constituição, de balizas principiológicas que, se não constangem efetivamente o legislador, permitem ampla discussão superveniente sobre o mérito da lei. E, finalmente, a instauração de órgãos de controle de constitucionalidade competentes para aferir a subserviência do legislador às raías, procedimentais e substantivas, postas pela constituição¹⁶⁷. Todos indícios objetivos da Constituição como um limite à legislação, das cortes como limites aos órgãos político-majoritários.

A tais elementos institucionais de origem constitucional, a doutrina reputa subjacente uma preocupação com a racionalidade e estabilidade do sistema. “Os governos e as maiorias parlamentares passam – comentou Villalón -, os Tribunais Constitucionais permanecem”¹⁶⁸. Esse elemento estabilizador evoluiu até tornar-se uma condição de sobrevivência para as democracias representativas¹⁶⁹. Posicionou-se Cappelletti acerca desse ponto:

Evidente, a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como agora estabelecida, significa participação, e também significa tolerância e liberdade. Um judiciário razoável e independente frente as aspirações majoritárias pode contribuir muito para a democracia, também assim um judiciário ativo, dinâmico, e criativo levará a cabo a garantia tanto da preservação do sistema de freios e contrapesos *vis-à-vis* os órgãos políticos quanto controlar adequadamente àqueles centros de poder não-governamentais ou quase-governamentais tão típicos de nossas sociedades modernas¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Importante notar que a limitação da legislatura não ocorre apenas em face de uma Constituição rígida. Cf., Riccardo Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, cit., p. 101: “anche una costituzione flessibile, se pure può essere derogata, abrogata, o comunque modificata, non può però essere violata, dal legislatore. In particolare, il legislatore può sì cambiare le norme costituzionale sul procedimento legislativo, ma non può violare fino a che non le abbia cambiate”.

¹⁶⁷ Cf., Riccardo Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, cit., pp. 97-99.

¹⁶⁸ Pedro Villalón, *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, cit., p. 88. No mesmo sentido, Mauro Cappelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, cit., p. 630: “En esta combinación única de distanciamiento y compromiso radica también la fuerza potencial única de la función judicial. Ofrece a los tribunales la posibilidad de mantener un contacto con los problemas reales más concretos de la sociedad, y les da a la vez independencia y el distanciamiento suficientes frente a las presiones y caprichos del momento”. Em sentido contrário, Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 378: “Per un organo sensibilissimo alle influenze esterne come è la corte, anche il solo cambiamento di alcuni uomini al suo interno può provocare radicali cambiamenti di rotta e di ruolo”.

¹⁶⁹ Peter Schneider, *Democracia y constitución*, cit., p. 55: “También la protección de las minorías, tal como está encomendada a la jurisdicción constitucional en la esfera de los derechos fundamentales, constituye un elemento esencial de la democracia”.

¹⁷⁰ Mauro Cappelletti, *The judicial process in comparative perspective*, New York, Clarendon Press, 1991, p. 46.

A proteção dos direitos fundamentais faz-se em razão de sua dignidade mesma, mas também porque são pressupostos da vida política, pois concordamos que apenas homens livres do arbítrio estatal podem pretender a fiscalização do governo majoritário. De tudo, resulta que a democracia constitucional “garante os direitos fundamentais em proveito próprio”, pois, do contrário, “a minoria não tem nenhuma possibilidade de converter-se em maioria”, privando a sociedade de “forças criativas indispensáveis”¹⁷¹.

3 Função contramajoritária da jurisdição constitucional

O conjunto desses argumentos não logrou, segundo o entendimento de parte da doutrina¹⁷², a resolução do problema de saber qual é a medida de legitimidade da jurisdição constitucional.

Em prol de tal legitimidade, não seria desarrazoado considerar que o aspecto subjetivo dos direitos fundamentais não é garantido, em sua inteireza e urgência, pela simples instituição de um sistema político “objetivamente” equilibrado. Aqui, convém traçar, com Shapiro, uma nova distinção, entre cortes de direitos e cortes de divisão de poderes:

Os casos de divisão de poderes não ocorrem quando há uma clara e persistente maioria, porque a vontade majoritária eventualmente controlará os envolvidos no conflito. Casos de divisão de poderes podem ter como oponentes a maioria nacional e a maioria local, ou uma maioria legislativa momentânea e um presidente eleito por uma maioria momentânea diferente (*omissis*) Tais cortes de divisão de poderes não confrontam maiorias persistentes. Um regime de controle de constitucionalidade de proteção de direitos, por outro lado, contempla, especificamente, a confrontação judicial das preferências majoritárias¹⁷³.

A atenção ao aspecto subjetivo da defesa dos direitos fundamentais, e a consciência de que o “ordenamento é tanto mais objetivo e justo quanto maior, mais intensa e direta é a defesa dos direitos”¹⁷⁴, leva-nos a afirmar a existência de um lastro funcional para o comportamento contramajoritário das jurisdições constitucionais.

¹⁷¹ Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., pp. 20-21.

¹⁷² Cf., v. g., Francisco Pires, *Legitimidade constitucional e princípio da maioria*, cit., p. 168.

¹⁷³ Martin Shapiro, *et al.*, *On law, politics & judicialization*, cit., p. 177.

¹⁷⁴ Giancarlo Rolla, *et al.*, *Tra politica e giurisdizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia*, cit., item n.º. II, 1, a.

Se a rigidez constitucional e a posição das cortes no sistema apóiam, do ponto de vista institucional, a tese que postula a natureza contramajoritária do Estado Constitucional de direito, a salvaguarda das minorias pela jurisdição constitucional empresta-lhe supedâneo funcional¹⁷⁵. Em pouco: da natureza contramajoritária do Estado Constitucional de direito deriva, de forma imediata, a função contramajoritária de sua jurisdição especial.

Compreensíveis se tornam, então, as razões pelas quais admite-se que “uma minoria de bloqueio” possa opor sua vontade à vontade da maioria, devendo restar esclarecido que uma democracia constitucional dá azo não só a um “resultado integrador”, mas também à garantia dos direitos dos grupos não representados politicamente, ou representados de forma tênue¹⁷⁶.

Avoluma-se, a cada dia, a torrente doutrinária que reconhece a defesa das minorias e do indivíduo isolado como uma das principais funções da jurisdição constitucional, a ser exercida, sobretudo, contra os poderes político-majoritários¹⁷⁷. A defesa dos direitos fundamentais é a legitimidade da minoria, a legitimidade que calça os cidadãos quando violados em sua esfera de conformação do próprio destino¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Jon Elster, *et al*, *Constitutionalism and democracy*, cit., p. 197: “The Court is thus constitutionally empowered to be the watchdog of democracy”.

¹⁷⁶ Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 126.

¹⁷⁷ Função concorde com as origens do controle de constitucionalidade, segundo ensina Francisco Segado, “*Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges*”. *Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)*, cit., p. 60: “en el poder reconocido a los tribunales estadounidenses de apreciar la constitucionalidad de las leyes, hay una institución notablemente protectora de la libertad individual frente al arbitrio del legislador”. Cf., ainda, Michel Rosenfeld, *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, cit., p. 143: “la funzione della costituzione e del controllo di legittimità costituzionale è di fornire la base giuridica necessaria per una democrazia ben funzionante. Di conseguenza, oltre a proteggere la democrazia dai suoi tradizionali nemici, la costituzione è intesa a insulare l’ordinamento giuridico democraticamente istituito contro eccessi e patologie maggioritarie”. No mesmo sentido, José Brito, *Jurisdição constitucional e princípio democrático*, cit., p. 39: “A jurisdição constitucional seria a maneira de assegurar a supremacia dos direitos do homem sobre as criações da vontade geral”. Cf., por fim, Rubio Llorente, *et al.*, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: MacGraw-Hill, 1998, p. 111, para quem a inconstitucionalidade é um “riesgo inherente a la decisión mayoritaria”.

¹⁷⁸ Jesse Choper, *Judicial review and the national political process*, cit., pp. 64-65: “the overriding virtue of and justification for vesting the Court with this awesome powers to guard against governmental infringement of individual liberties secured by the Constitution (*omissis*) At base, the dominant concern was not that political majorities – or coalitions of influential minorities – would impose undue restrictions on their own ends at the expense of those politically less powerful or simply act malevolently to penalize those whose views, conduct, or appearance they feared or despised. Individual rights were mainly designated in the Constitution for those who could not be expected to prevail through orthodox democratic procedures, whose destinies were likely to be disregarded under be disadvantaged when the interests who prevailed by

Opõe-se uma objeção. A concepção de minoria - argumentam os críticos da função contramajoritária da jurisdição constitucional - tem um fundamento espúrio, porque pretende, como pretendeu em suas origens históricas, garantir os ricos contra os pobres, credores contra devedores¹⁷⁹. Ocorre que a complexidade e o multiculturalismo que marcam as sociedades contemporâneas acabaram por dar à luz uma concepção “mais larga de minoria”, englobando todos os “habitantes que diferem (do resto da população) pela raça (*sic*), a língua ou a religião”¹⁸⁰. Hesse, *v. g.*, afirmou que o núcleo inviolável pelas maiorias não acolhia apenas o indivíduo, “mas também a democrática proteção das minorias, cuja situação, nomeadamente pelas possibilidades de proteção jurídica judicial-constitucional, é essencialmente reforçada”¹⁸¹.

Outras manifestações críticas ao postulado da função contramajoritária da jurisdição constitucional podem ser extraídas, igualmente, através da análise da doutrina e da dinâmica legislativa de alguns Estados.

Zagrebelsky, *v. g.*, rotulou como inadmissível a expansão do controle de constitucionalidade sobre áreas cada vez maiores da atividade política, e condenou a condução do instituto sob “uma lógica de contrapoder”¹⁸². Os parlamentos, no mesmo sentido, podem ser vistos como agentes de uma reação à garantia contramajoritária dos direitos fundamentais. Na Alemanha, a legislação pode ser vista como continente de um ódio à restrição imposta pela jurisdição constitucional, afirmando-se patente a hostilidade do legislativo que busca sua submissão à reserva de lei, numa incessante necessidade de “conformação dos direitos fundamentais, com que está evidentemente relacionada a rejeição de uma vinculação do legislador a tais direitos”¹⁸³. Na Itália, em uma recente proposta de revisão constitucional, as forças político-majoritárias buscaram a aprovação

‘minorities rule’ were sufficiently ‘homogeneous and hostile’ to override the normal barriers to political action”.

¹⁷⁹ Roberto Gargarella, *Crisis de representación y constituciones contramayoritarias*, disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15610>, acesso em: 09.01.2008, p. 98: “La noción de minorias aparecía restringida a lo que llamaban *the selected few*; o, en palabras de Alexandre Hamilton, *the rich and well-born (omissis)* Esta doctrina, en definitiva, es la que alimenta la creación del sistema de ‘frenos y contrapesos’, la creación institucional que resultara más importante de los debates constituyentes”.

¹⁸⁰ A definição é do Conselho Constitucional da França, *apud*, Sadok Belaid, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, cit., p. 115.

¹⁸¹ Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 221. Também assim, Mauro Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, cit., p. 272 : « l’étude du droit comparé prouve que le contrôle juridictionnel de constitutionnalité peut servir à protéger les individus et les minorités ».

¹⁸² Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 377.

¹⁸³ Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., pp. 151-152.

“de sua própria constituição, com evidente negação de uma das características essenciais” da anterior, “vale dizer, o seu valor e significado contramajoritário”¹⁸⁴. Como temos feito notar com frequência, o que se tem aqui é uma contraposição à rigidez constitucional.

Daí o entendimento de que a jurisdição constitucional não requer a legitimidade majoritária (sazonal)¹⁸⁵, ao contrário, temos presente que o controle jurisdicional da lei é “o poder de ampliar e construir a Constituição contra os desejos da maioria legislativa, a qual, em contrapartida, tem reduzido poder para afetar a decisão judicial”¹⁸⁶. Recalcitrante à legitimidade representativo-eleitoral, o funcionamento contramajoritário da jurisdição constitucional sustenta-se porque “produz uma definição da democracia que o legitima”¹⁸⁷.

Tal redefinição da democracia tornou-se necessária, em grande medida, porque a história das democracias majoritárias puras as condenaram¹⁸⁸ e porque cresce a consciência acerca do déficit de representatividade dos órgãos político-majoritários.

¹⁸⁴ Roberto Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, cit., item n° 5.

¹⁸⁵ Nesse sentido, Alfonso Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, cit., item n°. 7: “la soluzione di un problema può creare altri, siassumibili nel classico interrogativo ‘qui custodiet custodes?’, riferito al potere che si concentra anche in forza dell’inappellabilità delle loro sentenze, nelle Corti garanti del rispetto dei limiti costituzionali: potere non antidemocratico, dal momento che la protezione dei diritti fondamentali è coesistente alla democrazia costituzionale ed è parametrata sul ‘più alto prodotto della democrazia, e non certo senza limiti (vincolato com’è dalla necessità della coerenza che l’obbligo di motivare impone); ma la qualità della cui legittimazione (non popolare, ma di diretta derivazione costituzionale)”; Péter Paczolay, *Legittimità costituzionale, interpretazione del diritto e il rapporto fra la Corte Costituzionale e la magistratura*, cit., item n° VI: “L’autorità della Corte Costituzionale deriva non dal contenuto dell’interpretazione, ma dalla posizione della Corte in materia costituzionale” e, por fim, Christian Starck, *Creazione giudiziale del diritto rispetto alla formulazione del dispositivo (Tenorierung) e all’efficacia delle sentenze sul controllo di costituzionalità delle norme*, disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/Starck.html>, acesso em 16.01.2009, item n° 1: “E’ vero che un tribunale costituzionale è collocato dalla costituzione, per ciò que concerne l’interpretazione di questa, al livello più alto e non può essere controllato da nessun altra corte. Un tribunale costituzionale deve questa posizione al suo vincolo normativo alla costituzione. L’autorità di un tribunale constitucional discende dunque dalla constituição, a qual ha un rango mais elevado respeito a la ley (primato della constituição) e depende in maniera decisiva dal modo in cui tribunal motiva il suo percurso di interpretação della constituição”.

¹⁸⁶ Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 126. No mesmo sentido, Jesse Choper, *Judicial review and the national political process*, cit., p. 49: “And the most honored methods for political reversal of its judgments require extraordinary time and efforts, i. e., more than simple majority will”.

¹⁸⁷ Dominique Rousseau, *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, cit., trecho do início.

¹⁸⁸ Kermit Roosevelt III, *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*, cit., p. 45: “The lessons of history thus suggests that deference might not be appropriate”.

3.1 Consequências históricas da democracia radical

Concorre para a tese da função contramajoritária da jurisdição constitucional um argumento que pode ser enunciado em poucas linhas: os dois séculos que nos separam da Independência dos Estados Unidos e da Revolução francesa mostraram, com sobejo número de exemplos, que as formas democráticas são usadas para perseguir fins antidemocráticos¹⁸⁹.

Pallieri ressaltou, ainda, que ao longo desses duzentos anos, as tiranias democráticas, exercidas por maiorias intransigentes, foram as “mais ferozes que a história conheceu”¹⁹⁰, não nos restando outra escolha, a não ser reconhecer que o procedimento eletivo-majoritário não oferece as condições necessárias à manutenção da tolerância em uma sociedade multifacetada¹⁹¹. Häberle, v. g., afirmou que “o legislador mostrou-se, ao longo da história dos direitos fundamentais na Alemanha, como o inimigo da liberdade do cidadão”¹⁹².

A expansão do controle de constitucionalidade, principalmente após a Segunda Guerra, pode ser entendida como uma tentativa de retificação das excrescências de fundo do modelo democrático jacobino, como uma reação contra os abusos dos governantes majoritários. Não estranha, portanto, que nos Estados Unidos, onde o sistema foi moldado com o escopo de não permitir esse tipo de absolutismo democrático, “o controle de constitucionalidade tenha sido historicamente exercido para restringir a maioria”¹⁹³. O alargamento das garantias aos direitos fundamentais através da atuação das jurisdições constitucionais foi louvado por Cappelletti, que o definiu como

uma espécie de trincheira ideal e de extrema defesa que o homem livre tem erigido contra temidos retornos de uma época de terror, de opressão, de

¹⁸⁹ Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, cit., p. 27.

¹⁹⁰ Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, cit., pp. 111-112.

¹⁹¹ Mesmo alguém com uma posição mais moderada, como Jesse Choper, *Judicial review and the national political process*, cit., p. 65, terminou por admitir que “the experience of history strongly suggests that vesting the majority with the ultimate power of judgment, although far from being calamitous, would not sufficiently protect minority rights”. No mesmo sentido, a constatação de Theo Öhlinger, *La legittimazione del sindacato di costituzionalità delle leggi*, disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/ohlinger.html>, acesso em 1º.05.2009, item nº III: “La gran parte di questi paesi, se non tutti, ha avuto esperiene, nel corso del ventesimo secolo, di regimi dittatoriali. Ed è questa esperienza che ha condotto a impostare in termini diversi dal passato i rapporti tra l’individuo e lo Stato. La veste giuridica di questi rapporti è sancita nei cataloghi dei diritti umani all’intero delle costituzione”.

¹⁹² Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., p. 151.

¹⁹³ Jesse Choper, *Judicial review and the national political process*, cit., p. 9.

tirania, uma época que nos parece tão remota, mas que muitos entre nós, infelizmente, viveram¹⁹⁴.

O que a história do constitucionalismo nos mostra, de fato, é que “todos os regimes totalitários de nosso século (Século XX) se opuseram ao controle da ação dos governantes pelos juízes, principalmente das ações do legislador”¹⁹⁵. E que, longe de representar um entrave para a construção de uma civilização mais justa, a instauração de jurisdições constitucionais, responsáveis pela guarda e implementação de constituições rígidas, mostrou-se um acelerador do civismo e do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. O marcante precedente da Suprema Corte americana - *Brown vs. Board of Education* – reluz como exemplo de como “a viciosidade” de uma sociedade pode ser “convenientemente ignorada enquanto a Corte mantenha-se silente”, e de como “certas mudanças podem ser longamente atrasadas se o país tiver de esperar a ação legislativa”¹⁹⁶.

3.2 Déficit de representatividade na formação da vontade majoritária

Os esforços em estabelecer os tribunais constitucionais como espaços para uma democracia contínua, que alargue a possibilidade de controle do cidadão sobre o legislador delegado, tornam-se tanto mais necessários quando adquire-se a consciência de que ao pluralismo de uma sociedade liberal, não corresponde o pluralismo partidário, infinitamente menos complexo e dinâmico.

O sistema partidário resultante da revolução industrial adequava-se a uma sociedade dividida em blocos homogêneos de interesses contrapostos, em pouco, a uma

¹⁹⁴ Mauro Cappelletti, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 25.

¹⁹⁵ Mauro Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, cit., p. 242. A tal função nunca furtou-se o Supremo Tribunal Federal, mesmo nas horas mais sombrias e nos momentos de maior delicadeza institucional. Entre muitos outros arrestos que comprovam essa afirmação, cumpriria lembrar o HC nº 41.296/DF, de 23 de novembro de 1964, disponível em: http://www.soleis.com.br/julgamentos_historicos10_integ.htm, acesso em: 22.05.2009, da relatoria do Min. Golçalves de Oliveira, que tinha por objeto a garantia de direito constitucional do Governador do Estado de Goiás, Mauro Borges, contra ato lesivo do Presidente da República, conduzido ao cargo pela Revolução de 1964. Em corajoso pronunciamento, Sua Excelência deu voz à característica fundamental de nossa jurisdição constitucional: “Nas horas supremas, é forçoso que se reconheça, os juízes da democracia dominam os delírios da violência para supremacia do ordenamento jurídico, na manutenção dos direitos assegurados à vivência humana”.

¹⁹⁶ Archibald Cox, *The role of the Supreme Court in american government*, cit., p. 117. Michael Klarman, *Brown and Lawrence (and Goodridge)*, disponível em: <http://www.michiganlawreview.org/archive/104/3/Klarman.pdf>, acesso em: 10.12.2008, pp. 483-484, estimou que “the racial segregation would disappear in the border status within fifteen or twenty years, even without judicial intervention”. Refletindo sobre o papel atual do judiciário na garantia dos direitos individuais, o autor escreveu: “Moreover, despite election results revealing powerful public opposition to same-sex marriage, lower courts – even in socially conservative states – have continued to expand gay rights in other contexts”.

sociedade de classes. Assim, o sistema partidário tradicional não pôde deixar de sofrer uma drástica redução em sua capacidade integrativa das pretensões sociais. A estrutura social se fragmenta, coagindo o arcabouço político-institucional a equilibrar uma plêiade muito mais complexa de interesses (econômicos ou religiosos, por exemplo), capitaneados, por sua vez, não por nomes aerados como proletariado ou burguesia, mas por inúmeros pequenos grupos de pressão, com interesses específicos e raramente relacionados com o bem comum ou com o núcleo de garantia dos direitos humanos¹⁹⁷. “Se a isso somamos – comentou Chessa – o fato de que nossas sociedades são sempre multiétnicas, multiculturais, multiéticas, etc., o quadro está completo”¹⁹⁸, indicando que “a fórmula do Estado partidário e do complexo constitucional interpartidário não representa a essência do constitucionalismo democrático-pluralista nas condições atuais”¹⁹⁹.

Ademais, não nos parece possível fugir à circunstância fática de que sociedades com esse grau de complexidade vivem sob governos monolíticos que contam, não raro, com uma base parlamentar majoritária - eleitos simultaneamente -, formando o que foi definido, com propriedade, como “conjunto politicamente homogêneo maioria-governo”²⁰⁰. A superação de tal oxímoro político-institucional não foi ainda perfeita, porém, a consciência de que um abismo separa governantes e governados ou a vontade geral e a vontade do governo (ou da maioria do parlamento)²⁰¹, e de que existem grupos

¹⁹⁷ Nesse sentido, a lição de Martin Shapiro, *Freedom of Speech: The Supreme Court and judicial Review*, *apud*, Mauro Cappelletti, *The judicial process in comparative perspective*, cit., p. 40: “What really emerges from an examination of Congress and the Presidency is not a simple picture of democratic, majoritarian bodies, voicing popular will and responsible to it, but an elaborate political structure in which groups seek advantage through maneuvering among the various power centers. The results are not necessarily the enunciation of the will of the majority of the American people, but often of compromises among competing interest groups”.

¹⁹⁸ Omar Chessa, *La teoria costituzionale dopo lo “Stato de partiti”*, cit., item nº. 2.

¹⁹⁹ Omar Chessa, *La teoria costituzionale dopo lo “Stato de partiti”*, cit., item nº. 5.

²⁰⁰ Vital Moreira, *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, cit., p. 183.

²⁰¹ Importa-nos essa distinção, pois dela advém a legitimidade da jurisdição constitucional, cf., nesse sentido, Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, cit., pp. 42-43: “La volonté des citoyens, du peuple et la volonté des leurs représentants élus sont-elles une seule et même chose? De la réponse à cette question dépend celle sur la légitimité démocratique de la justice constitutionnelle. En effet, s’il y a une identification parfaite, si, comme l’écrit Carré de Malberg, le Parlement est l’égal et même l’incarnation du Souverain, le contrôle de l’activité législative des représentants par un juge est en contradiction avec le principe démocratique (*omissis*) Par contre, s’il y a une différenciation entre la volonté des gouvernés et celle des gouvernants, le contrôle de la loi votée par ces derniers n’est pas contraire au principe démocratique: ce n’est pas la volonté du peuple qui est contrôlée mais seulement celle, distincte, des représentants”. Também assim, Theo Öhlinger, *La legittimazione del sindacato di costituzionalità delle leggi*, cit., item nº IV: “in generale sappiamo che il processo legislativo, in realtà, non è orientato esclusivamente all’idea del pubblico interesse. Esso non funziona come una discussione sul bene comune condotta da persone responsabili

minoritários e, mesmo, situações individuais legítimas que não conseguem dos órgãos político-majoritários qualquer audiência solidifica-se. Talvez devêssemos avançar para considerar que no Estado Constitucional de direito a oposição tem um papel fundamental, hipertrofiado por ordens constitucionais que se pretendem duráveis e injuntivas. Daí por que o equilíbrio que o Estado de direito moderno pretendia conseguir com a hipertrofia parlamentar frente ao Executivo, foi substituído por

um novo dualismo funcional, aquele que contrapõem o *continuum* majoritário (o bloco formado pela maioria parlamentar e governo, o qual assume em relação à primeira o *status* de comitê diretivo) às forças de oposição (*omissis*) para fazer operar melhor esse novo dualismo é que se acentua o peso da oposição – tendo uma “verdadeira e própria função constitucional”, cuja presença é indispensável para o correto funcionamento do ordenamento – através de uma série de institutos que vão da institucionalização da figura do líder da oposição (em alguns países chefe de um “governo-sombra”) até a possibilidade de uma minoria parlamentar poder acionar a sindicância de constitucionalidade acerca de uma lei ou uma comissão parlamentar de inquérito e o poder atribuído a uma minoria de convocar a Assembleia, para não falar da previsão de quorum elevado para chegar-se a um nome ou decisão de particular importância²⁰².

A distinção entre governantes e governados serve como instrumento obstativo da premissa revolucionária, pela qual a lei, expressão da vontade geral, é incontestável²⁰³. A lei, hoje, apresenta-se como “expressão da vontade de um partido vitorioso”, uma forma de implementar a governança atuando um programa ditado por um partido, “uma solução entre outras”, que se faz valer “mais que por seu conteúdo, pela força política que a impõe”²⁰⁴. Hesse, mais uma vez, logrou condensar nossa argumentação

solamente dinnanzi alla loro coscienza. A determinare le discussioni parlamentari sono piuttosto, per dirla semplicemente, gli interessi dei gruppi di potere più influenti o l’obiettivo dei differenti partiti politici di vincere le prossime elezioni. Ci sono molti fattori che distorcono e alterano il processo parlamentare rispetto alla idea classica del parlamentarismo”.

²⁰² Alfonso Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, cit., item n.º 6.

²⁰³ Já durante a Revolução francesa, a necessidade de separação entre governantes e governados havia sido aventada, mas restou vencida pela solução jacobina radical, cf., nesse sentido, Lucien Jaume, *Constituent power in France: the revolution and its consequences*, cit., p. 67: “From the beginning, the moderate actors behind the Revolution believe that a separation between ‘constituent power’ and ‘constituted power’ could both provide the foundation of legitimacy of governmental institutions and also offer a guarantee for the protection of individual rights”.

²⁰⁴ Sadok Belaid, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, cit., pp. 77-78. No mesmo sentido, Ballardore Pallieri, *Diritto costituzionale*, cit., p. 111: “La volontà popolare sarà infatti, nella migliore ipotesi, volontà di una maggioranza, e questa maggioranza potrà anche governare lo Stato secondo suoi interessi particolari, anzichè secondo quelli generali di tutti, potrà cercare solo di consolidare il proprio potere, anzichè

em algumas linhas lapidares, ao ponderar que a “identidade de governantes com governados deixa-se afirmar somente sobre a base de uma outra identificação, ou seja, aquela do domínio daqueles órgãos com aquele povo”, dado que isso é, como vimos, uma petição de princípio inaceitável, “identificações de tal índole são, sem dúvida, adequadas para encobrir ou fingir a realidade do domínio de poucos e enganar sobre as verdadeiras relações de domínio”²⁰⁵.

Decorre da distinção entre governantes e governados aquela outra - que havia sido obliterada com a confusão entre povo e parlamento -, entre sociedade civil e sociedade política²⁰⁶. O espaço entre essas duas sociedades é ocupado pela jurisdição constitucional que, não apenas consente naquela distinção, mas também a faz efetiva através do controle da lei, “fundando o direito dos governados como um corpo separado do direito dos governantes: a carta jurisprudencial de direitos e da liberdade constitucional representa o espaço dos governados, a lei, ao contrário, o espaço dos governantes”²⁰⁷. Daí uma função importante da jurisdição constitucional, pois feita a distinção povo/parlamento prestar-se-á também a garantir a maioria da sociedade contra os abusos da maioria parlamentar.

Daremos um passo além ao afirmar que não só os órgãos político-majoritários não se confundem com os cidadãos, como tendem a ignorá-los quando se lhes apresentam em número, ou lhes trazem matérias eleitoralmente insignificantes²⁰⁸, o que

curare i perenni e generali interessi dela collettività, potrà prender misure verso i dissenzienti e menomare anche i loro più elementari diritti”.

²⁰⁵ Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., pp. 119.

²⁰⁶ Cf., acerca dessa separação, Ugo Pagallo, *Alle fonti del diritto: mito, scienza e filosofia*, cit., p. 103: “Inizia delinearsi la figura dualistica dell’ordinamento, che, rifacendosi alla relazione medioevale tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, *dominum politico* e *regale*, trova la prima espressione moderna nel modello rivoluzionario nordamericano e la distinzione tra ‘the seat of power’ e ‘the sources of law’. George Jellinek sia pure esaminato la concezione medioevale tedesca del potere limitato del re, aveva sottolineato che ‘con ciò il Medioevo non ha mai soppresso. Lo stato medioevale è costituito dualisticamente’”.

²⁰⁷ Dominique Rousseau, *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, cit., item n° I, A. Cf., em sentido análogo, Roberto Bin, *L’applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l’interpretazione conforme a costituzione della legge*, cit., item n° 4: “Come Carlo Mezzanotte ha sottolineato una volta, nella visione dei nostri costituenti probabilmente era forte l’idea che la costituzione fosse separata dal resto dell’ordinamento: ciò corrisponde, come si è detto poc’anzi, al modello scolastico del controllo accentrato di costituzionalità. Ordine costituzionale e ordine legislativo hanno destinatari diversi e sistemi diversi che ne assicurano l’affettività”.

²⁰⁸ Harry Wellington, *Foreword*, in: Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, cit., p. x: “judicial review is a countermajoritarian practice. Supreme Court justices are appointed for life. Legislators are electorally accountable”. Cf., ainda, Roberto Bin, *L’applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l’interpretazione conforme a costituzione della legge*, cit., item n° 5: “Qui però sorge un problema: il legislatore è soggetto al principio di responsabilità politica, non a quello

destaca o carácter relativo da legitimidade conseguida pela via majoritário-eletiva²⁰⁹. Shapiro esclareceu a limitação do raciocínio puramente político-representativo:

É aos grupos marginais, que se acham impossibilitados de ascender aos ramos políticos que melhor serve o Tribunal. Por outro lado, os debates no Tribunal são judiciais, quer dizer que implicam enfrentamentos entre duas partes a que se consideram iguais. Por conseguinte, os grupos marginais podem esperar uma audiência do Tribunal bastante mais favorável que a dos órgãos que, justificadamente, transcendendo o indivíduo, atendem à força política que pode apresentar-se ao combate. Ademais, os poderes do Tribunal são essencialmente políticos. Por conseguinte, os grupos marginais podem esperar encontrar no Tribunal um apoio político que não achariam em nenhuma outra parte²¹⁰.

Concluindo: o parlamento só ouve coros, no que concerne a ele, o indivíduo “clama no deserto”²¹¹.

*

Sobre tal supedâneo, formado pelo postulado da natureza contramajoritária do Estado Constitucional de direito e pelo reconhecimento de que sua jurisdição tem a função de equilibrar o jogo entre maiorias e minorias, desenvolver-se-á a segunda parte deste estudo monográfico. Nossa pretensão é que, dentro do marco teórico delineado até aqui, possamos classificar, encontrar fundamento e limites para o exercício de um poder normativo próprio à função da jurisdição constitucional. Daí nossa atenção voltar-se para as técnicas de decisão em controle de constitucionalidade, sede processual e palpável de muitas das questões que expusemos sob o ponto de vista teórico e doutrinário.

di coerenza, completeness e raigonevolezza; se è il consenso degli elettori ciò deve mirare, perché è così che si alimenta la sua legittimazione, può ben darsi che anche una legge consapevolmente incoerente (con sé o con le altre) o non perfettamente ragionevole buchi il bersaglio del consenso elettorale: gli esempi, nel nostro Paese, non mancano”. No nosso, convém admitir, também não.

²⁰⁹ Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., pp. 125: “esse efeito parcialmente formador de unidade é capaz de legitimar o princípio da maioria somente em atenção à maioria”.

²¹⁰ Martin Shapiro, *Freedom of Speech: The Supreme Court and judicial Review*, 1966, p. 24, *apud*, Mauro Cappelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, cit., p. 626. Cf., no mesmo sentido, entre nós, Inocêncio Coelho, *Jurisdição constitucional e criação judicial do direito: estado constitucional do direito ou estado judicial de direito?* in: *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*, n. 07, p. 169-186, 2002.

²¹¹ Mauro Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, cit., p. 251.

CAPÍTULO III: TÉCNICAS DE DECISÃO EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1 A necessária superação do binômio inconstitucionalidade/nulidade *ex tunc*

A obrigação de conduzir o controle constitucional das leis de molde a emprestar força injuntiva ao princípio da supremacia constitucional, a expansão do horizonte de interesses constitucionalmente contemplados, a necessidade de sustentar em equilíbrio o pluralismo político, social e federativo e, por fim, o constante esforço por manter os direitos fundamentais à salvo das incursões hostis dos órgãos político-majoritários levaram ao espraiamento do âmbito e forma de atuação das jurisdições constitucionais.

A hipertrofia judicial responde, no entanto, ao contexto, pois ampliou-se, na segunda metade do Século XX, o espaço de contato/atrito entre Estado e indivíduo, pelo que “a expansão do poder judiciário compõe um fenômeno mais geral, que é a expansão de todos os órgãos do governo em nossa época”, e nesse contexto, um alargamento do controle judicial pode ser considerado “mesmo uma exigência da manutenção do equilíbrio entre os poderes do Estado”²¹².

Interessa ressaltar, em especial, que a importância institucional concedida à jurisdição constitucional pela rigidez constitucional dos direitos fundamentais repercutiu, “naturalmente, na necessidade de novos instrumentos processuais”²¹³.

A gradação da eficácia de suas decisões e a combinação de diferentes espécies de técnicas de controle de constitucionalidade têm sido, nas últimas décadas, os

²¹² Mauro Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, cit., p. 241. No mesmo sentido, cf., Kermitt Roosevelt III, *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*, cit., p. 229: “the Court cannot be evaluated in isolation. The ultimate question must be comparative: how does the Court stack against the other branches of the federal government”?; e, Ran Hirschl, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, cit., p. 11: “the expansion of judicial power is an integral part and an important manifestation of the concrete social, political, and economic struggles that shape a given political system and cannot be understood in isolation from them”.

²¹³ Vital Moreira, *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, cit., p. 189. Entre nós, o art. 27 da Lei n.º 9868 de 1999 parece ter dado configuração positiva à superação do binômio inconstitucionalidade/nulidade *ex tunc*. Comentando o enunciado normativo, escreveu Gilmar Mendes, *et al.*, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1181: “Resta notório que o legislador optou conscientemente pela adoção de uma fórmula alternativa à pura e simples declaração de nulidade, que corresponde à tradição brasileira. Tendo em vista as peculiaridades que marcam o sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, cabe analisar os contornos dessa mudança e quais possibilidades de decisão estão abertas ao Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade das leis”.

instrumentos com os quais os órgãos de jurisdição constitucional buscam atenuar o descompasso entre suas atribuições institucionais e a heterogeneidade das situações de inconstitucionalidade que se lhe submetem, de um lado, e a rigidez e insuficiência dos instrumentos processuais admitidos pelo modelo clássico de controle de constitucionalidade, de outro²¹⁴. Tal processo foi condensado, com propriedade, por Camazano:

Pode-se afirmar que, entre a sentença estimatória de inconstitucionalidade e a desestimatória, há um vasto campo. Na verdade, existem muitas modalidades de sentenças a serem prolatadas pelo órgão constitucional entre a sentença estimatória e a desestimatória, o que levou a doutrina europeia a falar da “técnica” das sentenças constitucionais. Resulta, assim, que não obstante a alternativa nulidade/conformidade represente o modelo clássico de controle judicial das normas emanadas do Parlamento, este modelo de constitucionalidade já foi, ou está sendo, amplamente superado por meio da interpretação constitucional aplicada às modalidades de sentenças²¹⁵.

As técnicas de decisão que ultrapassam a opção entre deferimento com eficácia *ex tunc* e indeferimento com manutenção *in totum* da norma atacada, respondem tanto à exigência de flexibilização da atuação da corte constitucional dentro do sistema político²¹⁶, quanto à insuficiência da eficácia apenas negativa das sentenças prolatadas no

²¹⁴ Francisco Praeli, *Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del tribunal constitucional*, cit., p. 180: “En los últimos años, algunos tribunales constitucionales han ido desarrollando, en su labor jurisdiccional, diversas formas de resolver las situaciones de inconstitucionalidad que les han sido sometidas. Muchas veces, sus sentencias se han apartado del tradicional rol de pronunciarse simplemente por la inconstitucionalidad (y derogación) de la norma analizada o por confirmar su constitucionalidad, es decir, por la estimación o desestimación de la demanda de inconstitucionalidad, desarrollando importantes y creativos aportes en materia de interpretación constitucional. Ello ha dado origen al surgimiento de una nueva variedad de ‘tipos de sentencias’, con alcances y efectos particulares especiales, que han tratado de responder adecuadamente a la necesidad de los distintos ordenamientos de conjugar el control de la constitucionalidad con la necesidad de evitar los efectos perniciosos que pueden surgir – en ciertos casos – ante los vacíos legales generados cuando se expulsa una determinada norma del ordenamiento jurídico”.

²¹⁵ Joaquín Camazano, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, cit., p. 366. O autor especificou, em nota, as diferentes manifestações nacionais do fenômeno: “Los modelos más desarrollados en este punto, son el alemán y el italiano, que disponen de un rico y plural arsenal de técnicas de pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes. La variedad es menos rica y original en el caso español, y no abundan los estudios sobre tipología de las sentencias constitucionales. También resulta de interés para nosotros, en algún caso, el modelo americano, así como el portugués”.

²¹⁶ Elena Malfatti, *et al.*, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 299, v. g., acredita salutar reconhecer ao modelo “quel carattere di ‘flessibilità’ che le consente di adattarsi di volta in volta alle condizioni del sistema politico ed alle different realtà che deve affrontare”. No mesmo sentido, Roberto Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, cit., item nº 5: “Venendo adesso ad una breve valutazione conclusiva sulla natura della Corte costituzionale, è possibile notare come il carattere ‘ibrido’ proprio dell’organo fin dalle sue origini e per le ragioni dette, ha consentito in questi ormai cinquanta anni di funzionamento della giustizia costituzionale una notevole flessibilità all’azione del Giudice costituzionale,

bojo do controle de constitucionalidade²¹⁷. A lógica do legislador negativo é inútil, v. g., diante das omissões legislativas inconstitucionais, mormente quando tenham efeitos discriminatórios ofensivos ao princípio da igualdade, exemplos que tais põem em relevo os “problemas funcionais do binômio inconstitucionalidade-nulidade”²¹⁸. Frise-se, tal inadequação não é trazida à colação como uma postulação teórica, mas como dado histórico mensurável, o que permitiu a Cerri constatar que, na Itália, embora Constituição e lei sobre processo constitucional tenham previsto efeitos somente ablativos à decisão, “o exercício da função de justiça constitucional mostrou a insuficiência dessas disposições”²¹⁹.

*

O implemento da liberdade do juiz constitucional resultante da flexibilização técnica do controle de constitucionalidade desperta, não obstante ser inevitável, uma oposição competente e indispensável à dialética que circunda o equilíbrio entre os poderes em um Estado Constitucional de direito²²⁰. Pensa a corrente crítica que se as fronteiras entre legislação e jurisdição constitucional são, por natureza, nebulosas, a multiplicação das técnicas de decisão em controle de constitucionalidade não faz mais que

tale da potersi meglio adattare alle diverse, specifiche situazioni o momenti storici, accentuando ora maggiormente le proprie caratteristiche ‘giurisdizionale’, ora quelle ‘politiche’. La rilevata ambiguità della propria natura ha finito quindi per risultare un elemento senza dubbio positivo, nella misura in cui, come rileva Enzo Cheli, ha consentito alla Corte di ‘sviluppare l’una o l’atra anima a seconda delle condizioni di omogeneità-disomogeneità, compattezza-frantumazione, efficienza-paralisi, stabilità-instabilità cha caratterizza il sistema politico”.

²¹⁷ Victor Bazán, *Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado*, in: Miguel Carbonell (coord.), *En busca de las normas ausentes*, 2007, disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2455>, acesso em: 10.11.2008, pp. 193-194: “La compulsión de la praxis jurisprudencial de los tribunales constitucionales de Alemania, Austria, España e Italia y la verificación del empleo de ‘sentencias intermedias’ sugieren la necesidad de buscar nuevas respuestas ante la insuficiencia del modelo del legislador-negativo y a la disfuncionalidad del binomio inconstitucionalidad-nulidad para hacer frente a las discriminaciones normativas, evitando la expulsión inmediata de la norma en cuestión. En apariencia, tal actitud denota un intento por superar lo que Modugno denomina la ingenua alternativa entre constitucionalidad e inconstitucionalidad”. No mesmo sentido, Rubio Llorente, *et al.*, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, cit., p. 122: “Cabe afirmar así que la declaración de nulidad es sencillamente inutilizable en pronunciamientos que no cancelen o supriman enunciados legales o fragmentos de los mismos (pronunciamientos, por ejemplo, que operen reducciones o ampliaciones de su ámbito de aplicación) y que tampoco se debe acudir a ella cuando el resultado ablativo en nada repare, o aun empeore, la situación inconstitucional”. Cf., ainda, Antonio Ruggeri, *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, cit., item nº 2.

²¹⁸ Markus Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, cit., p. 113.

²¹⁹ Augusto Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano: Giuffrè, 1994, p. 94.

²²⁰ Peter Schneider, *Democracia y constitución*, cit., p. 196: “La elaboración de un instrumental adecuado que respete la libertad de configuración del legislador será posiblemente una de las tareas principales de la jurisprudencia en las próximas décadas”.

agravar a incerteza, pelo que Camazano aplicou ao uso que as cortes devem fazer de tais técnicas a máxima de São Paulo: “tenha como se não tivésseis”²²¹.

A questão está em saber – ponderou Soto – se isso não constitui, em certa medida, uma ofensa ao Legislador, assim como indagar se para a vida jurídica em geral é bom que um Tribunal tenha possibilidades tão amplas de reação. A distinção entre nulidade, simples inconstitucionalidade, ainda constitucional, interpretação conforme a Constituição com ou sem disposições complementares (chamada ao legislador, fixação de prazo, prazo transitório, regulação transitória, etc.) é difícil de estabelecer dentro de contornos precisos e, em consequência, a forma de reagir do Tribunal é também imprevisível: pode um sistema jurídico baseado nos princípios da legalidade e segurança jurídica suportar este modo de decisão de um tribunal?²²²

Mesmo levando em conta tais preocupações, podemos descobri-las animadas pelas mesmas reminiscências da concepção iluminista do ordenamento que, a cada momento do raciocínio, postula tensões e contradições entre o exercício processualmente flexível do controle de constitucionalidade e certa discricionariedade não sindicável do legislativo identificada com o autogoverno democrático.

**

Alinham-se numerosos argumentos, de ordem tanto prática quanto teórica, contra a alternativa seca entre conformidade e desconformidade com a Constituição, muito embora a crítica sirva para corrigir casos-limite de imprevisão jurisdicional.

No plano teórico, afirma-se ilusória a concepção da inconstitucionalidade como uma característica absoluta, refratária a modulações. Ao contrário, são expendidos esforços para que se assente a premissa segundo a qual a “inconstitucionalidade é sempre uma eleição”, e que “no fundo é a Corte quem elege entre os distintos graus de conformidade do ordenamento a Constituição”²²³.

²²¹ Segunda Carta aos Coríntios, *apud*, Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, cit., p. 365.

²²² M^a Blasco Soto, *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, cit., p. 359. Cf., para preocupações similares, Giusi Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., pp. 260-261; Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 368-369 e, por fim, Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., pp. 1315-1316.

²²³ Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., p. 259. A doutrina refere-se a Franco Modugno como responsável pela conscientização geral acerca da gradação do vício de inconstitucionalidade, cf., nesse sentido, Franco Modugno, *Alcune riflessioni a margine della ricerca su il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali – anni 2000-2005*, cit., item n^o 6: “il controllo di costituzionalità non può essere ristretto nella alternativa ‘conformità-disconformità’, ma può si valutare la costituzionalità-inconstituzionalità della legge secondo una scala di

O instrumento – técnicas de decisão - que confronta e busca sanar esses diversos graus de inconstitucionalidade não pode, a toda evidência, ser imantado de uma rigidez funcional e processual. Contra o entrave instrumental que reteve as jurisdições constitucionais dentro da lógica clássica do controle de constitucionalidade, se foram desenvolvendo os vários instrumentos interpretativos de adequação constitucional da lei sem nulidade, com nulidade diferida ou apenas parcial. Sem a maleabilidade permitida pelas técnicas manipulativas de decisão em controle constitucionalidade, a Constituição tornar-se-ia, segundo Onida, um

mero parâmetro de cotejo da validade da lei ordinária, não suscetível de utilização para fins diversos, como a reconstrução sistemática do ordenamento e a busca da regra aplicável no caso concreto. Reduzir-se-ia tudo à alternativa seca entre lei inconstitucional e lei não inconstitucional, interpretando-a e aplicando-a em conformidade com o critério segundo o qual os princípios constitucionais não podem exercer nenhum papel, amputando uma relevante parte de sua capacidade de concretização e de incidência sobre o sistema²²⁴.

Ademais, a finalidade prática de restaurar a situação de constitucionalidade com a menor intervenção possível justifica, do ponto de vista democrático, a maleabilidade dos instrumentos de controle da constitucionalidade da lei²²⁵. De fato, a multiplicação das técnicas decisórias em controle de constitucionalidade reagem tanto a um certo *horror vacui* inerente ao sistema jurídico, quanto à necessidade de um “sentido de oportunidade política que evite situar o Parlamento ante drásticas alternativas de tudo/nada”²²⁶. Daí porque também essa “engenharia decisional”, que poderia significar

maggiore o minore adeguatezza ai principi e valori costituzionali, nella logica (proeretica) del possibile, probabile, preferibile e non (solo) nella logica del vero/falso, conforme/disforme”.

²²⁴ V. Onida, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in: *Scritti in onore di C. Mortati*, Milano, 1977, IV, p. 503, *apud*, Elena Malfatti, *et al.*, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 304.

²²⁵ Giancarlo Rolla, *et al.*, *Tra politica e giurisdizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia*, cit., item n° II, 2: “La ricca tipologia di sentenze che connota il sistema italiano di giustizia costituzionale è il risultato dell’opera creatrice della Corte, che ha individuato modalità di soluzione delle controversie a partire non tanto da una teoria astratta, ma dalla necessità di dare risposta a specifiche esigenze pratiche. In particolare, i vari tipi di sentenza nascono dalla necessità, avvertita dalla Corte Costituzionale, di ponderare gli effetti delle proprie decisioni o di calibrarli sulla base dell’impatto che possono provocare non solo sull’ordinamento giuridico, ma anche sui rapporti con gli altri poteri dello Stato, in primis con il Parlamento e con il potere giudiziario (*omissis*) In definitiva, questa differenziazione (entre lei e norma) consente la evoluzione del sistema, agevolando l’attività creativa dell’interprete e permette di ridurre al minimo gli interventi demolitori della Corte, e le conseguenti lacune dell’ordinamento, dandole la possibilità di operare con strumenti ‘chirurgici’ alquanto raffinati”.

²²⁶ Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., p. 255.

uma correção ilegítima do legislador eleito, passa a ser compreendida como uma consequência necessária da presunção de legitimidade constitucional da lei²²⁷.

Some-se a isso o argumento segundo o qual a “garantia de uma norma comporta qualquer meio hábil a conferir-lhe efetividade ou maior efetividade”²²⁸ (concorde com o princípio da máxima eficácia) e a ponderação de que, em muitas hipóteses, o que ocorre é a aplicação direta da Constituição, suprimindo o vazio que seria deixado pela nulidade absoluta ou corrigindo o defeito da norma²²⁹.

No afã de reduzir o processo de superação do binômio inconstitucionalidade/nulidade *ex tunc* a algumas poucas palavras, e sem esquecer as lúcidas preocupações com os limites da utilização de tais técnicas²³⁰, poderíamos dizer que através da multiplicação das técnicas de decisão à disposição das cortes busca-se uma interpretação do enunciado atacado que permita salvá-lo da nulidade absoluta, e logo reduzir o atrito com os poderes majoritários, conservando o máximo possível de seu trabalho legislativo. Na sent. 356 de 1996, a *Corte Costituzionale* da Itália logrou, com rara acuidade, justificar as decisões manipulativas: “Em linha de princípio, não se declara a lei

²²⁷ Referindo-se à prática alemã da interpretação conforme a Constituição, Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1983, p. 55, ponderou: “Si lo que con la interpretación conforme se pretende es mantener en lo que sea posible la validez de la ley, el principio aparecerá entonces, en su aspecto jurídico-funcional, como el de la primacía del legislador en la concretización de la Constitución”. Também para o contexto alemão, cf. Dian Schefold, *L’interpretazione conforme alla Costituzione* <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/schefold.html>, acesso em 25.12.2008, item nº 8: “è la mera volontà di mantenere la legge, non il senso risultante dall’interpretazione che motiva la sentenza interpretativa”. No mesmo sentido, Riccardo Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, cit., p. 212.

²²⁸ Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, cit., p. 719.

²²⁹ Referindo-se ao que se passa na Espanha, Rubio Llorente, *et al.*, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, cit., p. 130, constatou: “mediante lo que la doctrina austríaca llama decisiones integradoras de la ley a partir de la Constitución, nuestro Tribunal ha llevado a cabo operaciones reorientadas del enunciado legal que han salvado su constitucionalidad al entender que la aplicación directa de la Constitución debía colmar un vacío o defecto de la norma”. Para o contexto italiano, conferir Alessandro Pizzorosso, *El tribunal constitucional italiano*, cit., p. 254: “el Tribunal ha considerado que era oportuno sostener una interpretación ‘que ajustase’ la ley a los principios constitucionales, más que declarar ilegítima la totalidad un texto legislativo susceptible de ser interpretado de diferentes maneras”.

²³⁰ A esse respeito, cf. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., pp. 1312: “a doutrina dominante considera que não há qualquer fundamento para salvar a lei quando o procedimento metódico revela que todos os sentidos possíveis contrariam a constituição”; e, Roberto Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d’antico: la contesa sull’interpretazione conforme della legge*, cit., item nº 12: “Nel caso in cui infine il testo normativo non consenta certe letture, pur se ritenute dal Giudice costituzionale costituzionalmente conformi e il risultato da questo proposto sia perseguibile solamente attraverso un intervento creativo e manipolativo nei riguardi del testo della legge oggetto del controllo, la Corte deve sempre utilizzare, anche a garanzia del principio di certezza del diritto, lo strumento della dichiarazione di incostituzionalità e non quello della sentenza interpretativa di rigetto”.

constitucionalmente ilegítima porque é possível dar-lhe interpretação inconstitucional, mas porque é impossível dar-lhe interpretação constitucional”²³¹.

2 Técnicas de decisão nas jurisdições constitucionais europeias

Podemos considerar o processo de superação do binômio inconstitucionalidade/nulidade *ex tunc* presente - com diferentes graus de acolhimento de um poder normativo pelos órgãos responsáveis pelo controle - em todos os países onde a jurisdição constitucional alcançou legitimidade e solidez institucional. Na Europa, o fenômeno é amplamente documentado e estudado, sendo seguro afirmar, *v. g.*, que Portugal, Espanha, França e Itália são todos países onde o equilíbrio político-institucional ocorre sob Tribunais e Cortes constitucionais que, além de censurar a lei, prolatam decisões com efeitos normativos, conferindo à disposição atacada conformação condizente com suas constituições²³².

Quanto às técnicas de decisão admitidas, ou não, em cada jurisdição constitucional, essas obedecem e remetem, via de regra, à unilateralidade ou bilateralidade do procedimento com que as cortes sanam a situação de inconstitucionalidade. Distinguindo assim, Itália e Alemanha servem como exemplos polares, afeito às técnicas unilaterais de resolução da inconstitucionalidade o primeiro, refratário a elas o segundo²³³.

²³¹ Sentença n.º 356 de 1996, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>, acesso em: 07.03.2009.

²³² Cf., nesse sentido, Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, cit., p. 39.

²³³ Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., p. 220: “El Tribunal Constitucional alemán es mucho más cauto que la Corte constitucional italiana a la hora de reparar directamente la discriminación normativa. Por una parte se reconoce la posibilidad de opciones alternativas para esta reparación, y por otra se considera la declaración de inconstitucionalidad de la mera omisión un límite para el Tribunal. En general el Tribunal alemán sólo opta por la decisión ‘manipulativa’ si entiende que puede afirmarse que esta fue o sería la voluntad real del legislador. Precisamente la ausencia de un fenómeno ‘aditivo’ de la magnitud del italiano se explica y justifica a su vez la aparición del instrumento por excelencia del Tribunal Constitucional alemán para los supuestos de discriminación normativas: la sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad, o de mera incompatibilidad”. No mesmo sentido, Joaquín Camazano, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, cit., pp. 386-387: “En Alemania, se deduce de la jurisprudencia constitucional que esta interpretación conforme a la Constitución, además de tener que respetar el *maximum* de los designios del legislador que puedan respetarse de conformidad con la Constitución, encuentra sus límites en el claro tenor literal o la voluntad claramente reconocible del legislador, el objetivo esencial o el sentido básico de la norma legislativa (BVerfGE 8, 28, 34 y 70, 35, 63, por ejemplo); en caso de duda –y también si ésta es seria (BVerfGE 9, 167, 174; 12, 281, 296)— sobre la constitucionalidad de la ley, ha de procederse a una ‘interpretación conforme’. Expresado con otras palabras, Hesse marca como criterio orientativo de los límites funcionales de esta interpretación conforme a la Constitución que la misma debe ser un *minus* y no un *aliud* respecto del contenido originario de la ley, pues en esta última hipótesis, fuera de los casos en que sólo sea imaginable *una* regulación que tome en cuenta las exigencias constitucionales (BVerfGE 2, 336, 340, por ejemplo), la intervención del TC en las competencias del legislador es mayor incluso que mediante la declaración de

Nas palavras de Elia: a “Itália não conhece as práticas que, por assim dizer, institucionalizaram e sistematizaram o *self restraint* do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha”²³⁴.

Na práxis alemã do controle de constitucionalidade, embora o Tribunal já tenha reconhecido que o direito que está encarregado de dizer é maior que a lei escrita²³⁵, parece haver certo consenso em torno de Hesse, ao considerar que quanto mais reservada a atitude do Tribunal, menor será a chance de ver decisões suas descumpridas, e que, faria bem em não “pôr suas valorações no lugar das valorações do legislador”²³⁶. Na Alemanha, se a inconstitucionalidade da disposição não é evidente ou se lhe é superveniente, a lei pode ser mantida, de forma transitória, emitindo o Tribunal uma resolução de recomendação, com ou sem prazo, para que o legislador providencie uma nova redação para a lei atacada, o que evidencia as técnicas bilaterais de resolução da inconstitucionalidade como correntes e preferenciais no controle de constitucionalidade alemão. Em suma, como afirmou Praeli, o “TC alemão buscou encontrar caminhos menos ‘traumáticos’ para a solução da inconstitucionalidade detectada”²³⁷.

Em Portugal, as técnicas unilaterais são controvertidas, porém, em casos de discriminação normativa, v. g., já foram proferidas decisões aditivas²³⁸, o mesmo ocorrendo na Espanha²³⁹.

nulidad, ya que es él mismo el que conforma positivamente en cuanto a su contenido la materia de que se trate, mientras que con la declaración de nulidad ello seguiría siendo competencia del legislador; por tanto, cuanto más corrija el TC al legislador, tanto más se aproximará a los límites jurídico-funcionales de la interpretación conforme a la Constitución, que difícilmente pueden fijarse con toda precisión”.

²³⁴ Leopoldo Elia, *Comunicación oral*, in: Louis Favoreu (org.), *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid: CEC, 1984, p. 473.

²³⁵ BVerGE 34, 269, p. 304, *apud*, Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, cit., p. 317: “El derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder del Estado puede haber a veces un plus en lo que toca a derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de sentido y que puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar ese *plus* y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional”.

²³⁶ Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 424. No mesmo sentido, Christian Starck, *Creazione giudiziale del diritto rispetto alla formulazione del dispositivo (Tenorierung) e all’efficacia delle sentenze sul controllo di costituzionalità delle norme*, cit., item n° VI; e, Peter Schneider, *Democracia y constitución*, cit., pp. 202 e 219.

²³⁷ Francisco Praeli, *Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del tribunal constitucional*, cit., p. 188.

²³⁸ Exemplicativamente, acórdãos n°s 143/1985, 191/1988, 231/1994 e 545/1999, disponíveis em: <http://w3.tribunalconstitucional.pt/Pesquisa2.html>, acesso em: 11.05.2009.

²³⁹ Exemplicativamente, sentenças n°s 81/1982 e 103/1983, disponíveis em: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/jurisprudencia_constitucional.php, acesso em: 03.05.2009, a última com imenso impacto orçamentário, por estender o direito à pensão por falecimento aos viúvos.

2.1 O caso italiano

A Itália é o país onde as técnicas de reparação unilateral da situação de inconstitucionalidade têm teoria mais desenvolvida e casuística mais extensa e multifacetada. A constante de decisões interpretativas, aditivas e substitutivas prolatadas pela *Corte costituzionale*, embora, por vezes, condenada como uma assunção subreptícia das funções legislativas, terminou por assumir um papel institucional salutar dentro do sistema político e não é considerada, atualmente, passível de supressão²⁴⁰.

Foi o lento e fragmentário processo político italiano que forçou a expansão da jurisdição constitucional²⁴¹. Através de técnicas manipulativas, a atividade da *Corte* consolidou-se, ao longo das últimas décadas, como um instrumento de suplência tanto do legislador quanto da magistratura ordinária²⁴². Traçando as linhas maiores da profilaxia operada na lei pela *Corte*, Casavola afirmou:

Há tempos a doutrina italiana e mesmo a Corte constitucional distinguem sentenças que declaram a ilegitimidade de uma lei em sentenças caducatórias e aditivas. Com a primeira se elimina do ordenamento uma manifestação de vontade positiva do legislador. Com a segunda se elimina do ordenamento uma manifestação de vontade negativa. O efeito imediato desse último tipo de decisão (dado o princípio pelo qual se afirma com

²⁴⁰ A esse respeito, cf., Antonio Ruggeri, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, cit., item nº 5: “Si fa notare, com'è noto, che l'una (interpretazione conforme) e l'altra (applicazione diretta della Costituzione), pur nei connotati specifiche di ciascuna, sarebbero indicativi di un attivismo giudiziale che non solo non è ostacolato della Corte ma che è, anzi, da essa incoraggiato, in un modo che, specie di recente, appare particolarmente insistente e deciso”. Em sentido análogo, cf., E. Lamarque, *La translatio iudicis, apud* Franco Modugno, *Alcune riflessioni a margine della ricerca su il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali – anni 2000-2005*, cit., item nº 8: “al contrario di quanto accade presso la dottrina, le sentenze manipolative godono attualmente di uno straordinario e pieno successo, come emerge da una recente ricerca giurisprudenziale”.

²⁴¹ Assim, Marie-Claire Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italiennes et françaises : essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, cit., p. 77 : « C'est ce fonctionnement ou, plus exactement, le dysfonctionnement du système institutionnel, dans son ensemble, qui a amené la Cour constitutionnelle à jouer le rôle prédominant ». Emprestando caráter teórico ao fenómeno, Ran Hirschl, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, cit., p. 34, escreveu: “In its most common version, the functionalist approach suggests that the expansion of judicial power derives from a structural, organic political problem such as a weak, decentralized, or chronically deadlocked political system. The less functional the political system is in a given democracy, the greater the likelihood of expansive judicial power in that polity. Constitutionalization is seen as the best possible way of overcoming political ungovernability and ensuring the unity and ‘normal’ functioning of such polities”.

²⁴² Stelio Mangiameli, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, cit., item nº 6: “Comincia così una lunga attività, peraltro, la Corte, una volta affermata la propria posizione istituzionale, ha operato con saguezza e prudenza, spingendo, per un verso, il legislatore repubblicano, con la sua opera legislativa, alla realizzazione delle riforme costituzionale, e, per l'altro, i giudici comuni ad adoperare, sino alla massima estensione possibile, la tecnica dell'interpretazione adeguatrice alla Costituzione”.

duas negações) é o de introduzir uma nova norma positiva no ordenamento²⁴³.

A flexibilização das formas decisórias²⁴⁴ e a opção da *Corte costituzionale* pela resolução unilateral da situação de inconstitucionalidade não estão isentas de críticas, tendo sido afirmado, v. g., por Sorrenti, que “a última jurisprudência constitucional é marcada por uma radicalização da doutrina da interpretação conforme a Constituição”²⁴⁵. Ademais, verificaram-se tentativas de submeter a Corte através de mudanças na forma (e nomeação) de sua composição²⁴⁶.

Talvez por isso, a Corte tenha desenvolvido, a partir das experiências alemã e austríaca, um conjunto de técnicas bilaterais de combate à situação de inconstitucionalidade, tendo como meta a diminuição do atrito com os órgãos político-majoritários. Assim as modalidades de decisão que, não obstante julguem inconstitucional a lei, operam uma modulação temporal de seus efeitos, remetendo ao legislador político-majoritário advertências quanto à necessidade de modificar a lei suspeita de inconstitucionalidade. Em tais modalidades, a “ameaça mais ou menos expressa que a Corte dirige ao legislador é a de intervir novamente em face de sua inércia, para declarar inconstitucional a disposição impugnada e salva temporariamente”²⁴⁷.

Também enquadráveis na categoria das soluções bilaterais para a inconstitucionalidade, estão as sentenças aditivas de princípio e as sentenças de delegação. Por meio de tais sentenças, a *Corte* evita a contundência das aditivas de regras imediatamente atuantes, fixando um princípio geral que deve ser implementado pelo legislador (ou pelo magistrado que elevou o caso ao Tribunal), adstringindo-o, ou não, a determinado prazo para fazê-lo.

²⁴³ *Apud*, Gianpaolo Parodi, *Lacune e norme inespresse nella giurisprudenza costituzionale*, disponível em: http://www.cahiers.org/new/htm/articoli/parodi_lacune.htm, acesso em 14.10.2008, item nº 2.2.

²⁴⁴ Roberto Romboli, *El control de constitucionalidad de las leyes en Itália*, disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/est/est7.pdf>, acesso em 14.08.2008, p. 191: “En el plano de la tipología de las decisiones, la Corte Constitucional ha actuado siempre de manera particularmente creativa con respecto a dictado normativo en cuanto que, ya desde los primeros años de funcionamiento, se puso en seguida de manifiesto que la rígida alternativa entre estimar o rechazar la cuestión de constitucionalidad aparecía demasiado estrecha en relación con el papel que la Corte tenía intención de desempeñar en nuestro sistema constitucional”.

²⁴⁵ Giusi Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 209.

²⁴⁶ Cf., nesse sentido, Roberto Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, cit., item nº 5.

²⁴⁷ Roberto Romboli, *El control de constitucionalidad de las leyes en Itália*, p. 193.

Ocorre que - e talvez daí a vitalidade das técnicas unilaterais naquele país - depois de anos de ineficácia das técnicas bilaterais de resolução da inconstitucionalidade, causada, principalmente, pela “escassa sensibilidade política com que o Governo e o próprio Parlamento contemplam a atividade da Corte”, chegou-se a conclusão que as opções bilaterais, “longe de solucionar o problema da inércia do legislador”, mostraram-nos que “dita inércia só pode ser enfrentada efetivamente mediante o ativismo da Corte Constitucional”²⁴⁸.

Consideramos que tal fenômeno ocorre também no Brasil. São, portanto, as técnicas unilaterais de supressão da inconstitucionalidade que, preferencialmente, nos ocuparão doravante.

²⁴⁸ Markus Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, cit., p. 172.

CAPÍTULO IV: DECISÕES MANIPULATIVAS EM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1 Conceito de decisão manipulativa

Os esforços despendidos na busca de um gênero decisional que fosse continente para todas as técnicas unilaterais de resolução da situação de inconstitucionalidade terminaram, na Europa, em uma multiplicidade terminológica de amplas proporções que pouco contribui para a compreensão da matéria e reflete, em parte, certa insegurança geral acerca da tipologia das técnicas de decisão em controle de constitucionalidade.

Os constitucionalistas espanhóis oscilam entre classificá-las como decisões interpretativas²⁴⁹ ou decisões com efeitos aditivos²⁵⁰, continentes, nessa última definição, das decisões interpretativas e manipulativas. Na doutrina italiana, debruçada sobre o tema há quatro décadas, pululou, durante algum tempo, extensa divergência. Assim, Delfino chamou-as decisões criativas, Rizza, decisões intermédias, Paladin definiu-as como decisões integrativas. A par de tais definições, era majoritária a referência às decisões estimatórias interpretativas, delineadas como todas em que a interpretação constitucional joga um papel instrumental. A intenção manifesta dessa última definição era ressaltar que se estava agindo sobre a norma e, não, sobre a disposição textual. Por fim, e já nos anos oitenta, formou-se um consenso relativamente estável, no sentido de defini-las como decisões manipulativas, que teriam como espécies as decisões aditivas e substitutivas²⁵¹.

Aceitamos essa definição genérica, mas apenas depois de lhe precisar o alcance. Consideramos manipulativa toda decisão que, quanto à natureza, seja uma forma de supressão unilateral da inconstitucionalidade²⁵² e quanto aos efeitos, os tenha aditivos,

²⁴⁹ Rubio Llorente, *et al.*, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, cit., p. 130.

²⁵⁰ Markus Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, cit., p. 118.

²⁵¹ Acerca do problema da nomenclatura das técnicas de decisão em controle, cf., Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., pp. 215-218.

²⁵² Decisões manipulativas são, segundo Elena Malfatti, *et al.*, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 304, “le quali la Corte procede direttamente, come detto, a modificare la norma sottoposta al suo esame, attraverso decisioni che sono anche definite come ‘autoapplicative’, ad indicare appunto il carattere immediato del loro effetto che prescinde da qualsiasi successivo intervento parlamentare”. Em sentido análogo, Antonio Ruggeri, *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, cit., item nº 2: “Si pensi, in

do texto, âmbito de incidência ou sentido do dispositivo²⁵³. Decisões manipulativas – explicou Romboli – são aquelas através das quais “a Corte modifica ou integra as normas submetidas ao seu juízo de um modo que essas saiam do juízo constitucional com um alcance normativo diferente do originário”²⁵⁴. Além de substitutivas e aditivas, o gênero decisões manipulativas deve abrigar também decisões de acolhimento parcial²⁵⁵ e decisões interpretativas²⁵⁶ (mormente, as de interpretação conforme a Constituição).

Acerca da primeira dessas espécies, devemos reconhecer que a manipulação pode ocorrer através, somente, da eliminação parcial do texto ou sentido da disposição. De fato, é intuitivo que a eliminação de um “não” de uma fórmula legislativa pode ser a origem de uma série nova de normas, tal operação, portanto, seria pseudo-eliminatória. São decisões, logo, em que “a anulação de um fragmento ou inciso do preceito terminará, em muitos casos, na emergência de uma ‘norma’ nova e distinta no ordenamento”²⁵⁷.

O argumento alcança também as sentenças interpretativas. Silvestri, *v. g.*, pôde afirmar que “todas as sentenças interpretativas são aditivas”, e que sua prolação traduz o “exercício de um poder formalmente jurisdicional, mas substancialmente

primo luogo, alle tecniche decisorie e, specialmente, a quelle maggiormente incisive nella sfera del legislatore. Un tempo (ma tavola ancora oggi) le sentenze manipolative o ‘nomative’, che dir si voglia”.

²⁵³ Riccardo Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, cit., p. 222: “Si dicono ‘manipolatrici’ (o anche ‘normative’) quelle sentenze di accoglimento in cui la Corte costituzionale non si limita a dichiarare l’illegittimità costituzionale delle norme che le sono sottoposte, ma inoltre – comportandosi come un legislatore – modifica direttamente l’ordinamento allo scopo di armonizzarlo con la costituzione”.

²⁵⁴ Roberto Romboli, *El control de constitucionalidad de las leyes en Italia*, cit., p. 192.

²⁵⁵ Nesse sentido, Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., pp. 217-218: “nos inclinamos por utilizar el término ‘sentencias manipulativas’ para aludir al fenómeno que el Tribunal denomina en general ‘sentencias estimatorias parciales’. Y ello porque parece el más ampliamente consolidado en la doctrina y remarca suficientemente el carácter inevitablemente ‘transformador’ del sentido de la disposición inherente a este tipo de pronunciamientos, sendo por otra parte el generalmente aceptado en la doctrina española”. Entre nós, com o mesmo entendimento, Gilmar Mendes, *et al.*, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1184: “A doutrina e a jurisprudência brasileiras admitem plenamente a teoria da divisibilidade da lei, assim, o Tribunal só deve proferir a inconstitucionalidade daquelas normas viciadas, não devendo estender o juízo de censura às outras partes da lei, salvo se elas não puderem subsistir de forma autônoma. O mesmo se aplica aos vetos no controle político-preventivo (art. 66, § 2º/CF). Faz-se mister, portanto, verificar se estão presentes as condições objetivas de divisibilidade. Impõe-se aferir o grau de dependência entre os dispositivos. Impõe-se verificar, igualmente, se a norma que há de subsistir após a declaração de inconstitucionalidade parcial corresponderia à vontade de legislador. No exame sobre a vontade do legislador assume peculiar relevo a dimensão e o significado da intervenção que resultará da declaração de nulidade”.

²⁵⁶ Cf., para posição diversa, Chiara Agnoletto, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale sugli atti amministrativi e processuali penali*, disponível em: <http://www.tesionline.com/intl/preview.jsp?id=21208>, acesso em 14.10.2008, que distingue, ao lado de outros autores, as sentenças interpretativas das manipulativas.

²⁵⁷ Rubio Llorente, *et al.*, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, cit., p. 123.

legislativo”²⁵⁸. Por derradeiro, quanto à especificidade da interpretação conforme a Constituição, talvez baste a lição de Mendes, para quem a

eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto²⁵⁹.

Importa, sobretudo, integrar ao gênero decisões manipulativas tanto decisões aditivas *stricto sensu*, quanto decisões interpretativas e de nulificação parcial que apenas revelam seu perfil aditivo quando ponderados seus efeitos.

2 Fundamento técnico-institucional das decisões manipulativas

A faina pelo estabelecimento das condições de legitimidade das técnicas unilaterais de supressão da inconstitucionalidade, a despeito de sua importância funcional, não representa mais que o aspecto processual (técnico) de um esforço doutrinário maior, que busca equacionar a força normativa da Constituição e a discricionariedade do legislativo²⁶⁰ ou, em outras palavras, firmar a hierarquia entre os poderes constituinte e constituído²⁶¹.

A legitimidade das decisões manipulativas (em suas várias espécies) apoiou-se, nos países de tradição romano-germânica, no princípio da integridade do

²⁵⁸ G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale italiana*, apud, Giusi Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 198.

²⁵⁹ Gilmar Mendes, *et al.*, *Curso de direito constitucional*, cit., pp. 1192-1193. No mesmo sentido, Antonio Ruggeri, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, cit., item nº 5: “L’interpretazione conforme costituisce, in circostanze siffate, una ‘manipolazione’ ancora più forte ed efficace, proprio perché presentata come rivolta a finalità conservativa, della sostanza normativa racchiusa nel testo di legge. Come mi è stata data l’opportunità di far notare altrove, la Corte trapassa da parte a parte il disposto normativo sottoposto a giudizio e, una volta superata agevolmente la barriera della formulazione linguistica dell’enunciato, opera incisive trasformazioni di ordine sostanziale” e Dian Schefold, *L'interpretazione conforme alla Costituzione*, cit., item nº 12: “in quanto una legge è interpretata in conformità con la costituzione, ma diversamente da altri metodi, l’interpretazione significa controllo di costituzionalità e pertanto dichiarazione di nullità parziale, normalmente qualitativa, anche sostitutiva”.

²⁶⁰ David O’Brien, *Courts and judicial policymaking*, cit., p. 324, ponderou que o controle da lei deve promover “an balance between the competing demands of respecting majority will and protecting minority rights”.

²⁶¹ A esse respeito, temos a arguta observação de Francisco Segado, « *Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges* ». *Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)*, cit., p. 66: “Otro argumento que ha podido aducirse en orden a explicar el endémico rechazo del control judicial de constitucionalidad de la ley es el de la difuminación que en ciertos momentos históricos se ha producido en la distinción entre el poder constituyente y el poder legislativo constituído”.

direito²⁶². Técnicas hermenêuticas várias oferecem um espaço de convivência entre o princípio da separação de poderes e a necessária flexibilidade instrumental que permite à jurisdição constitucional fazer valer a rigidez constitucional que imanta os direitos fundamentais. Operações como a ampliação do material legislativo influente na decisão, a modificação do sentido do texto através de técnicas extensivas, evolutivas e sistemáticas de interpretação, a elaboração de normas ou princípios considerados implícitos nas fontes do direito e o uso dos princípios gerais como argumento para afastar a aplicação de dispositivos concretamente inadequados²⁶³ realizam, todas, uma mesma ideia, a de que eventuais efeitos aditivos de uma decisão, sempre terminam por representar uma consequência necessária da vontade legislativa positivada, não violando, por isso, a liberdade de configuração detida pelo legislador, mas, ao contrário, desdobrando a normatividade primitiva. Em suma, a operação manipulativa não seria mais que o reconhecimento de um *quid iuris* que já está presente no ordenamento, a revelação tardia de um direito.

Na Itália, essa linha de raciocínio terminou por condensar-se em um argumento segundo o qual os efeitos das decisões manipulativas não seriam mais que uma solução genérico-constitucionalmente obrigatória. “Se – ponderou Crisafulli - de criação de um novo direito volta a falar-se (mas não é), deve-se, ao menos ajuntar-se que se trata de uma legislação *a rime obbligate*”. Não havendo, portanto, liberdade na eleição da Corte: “a Corte não inventa algo, mas estende ou explicita alguma coisa que, mesmo em estado latente, estava compreendida no sistema normativo em vigor”²⁶⁴.

Tal via de justificação das técnicas unilaterais de supressão da inconstitucionalidade foi recepcionada por continuada jurisprudência da *Corte*

²⁶² Cf., nesse sentido, M^o Blasco Soto, *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, cit., p. 336: “No se trata, por tanto, de introducir en el ordenamiento nuevos materiales normativos mediante los cuales hacer directa aplicación de programas políticos, sino de racionalizar el ordenamiento positivo expulsando las disposiciones o normas que indebidamente allí se encuentran y hacer explícitas aquellas que aparentemente no contiene, pero que, no obstante, debe contener para que sean respetados los principios constitucionales”.

²⁶³ Acerca do ponto, cf. Sadok Belaid, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, cit, p. 283 : « la dernière fonction des principes généraux et des concepts est de permettre au juge de se délier des prescriptions du Droit écrit qui lui paraissent inadéquates ou injustes. Malgré l’opposition de l’école positiviste, il est certain que le juge recourt constamment à ces notions pour mettre en échec les dispositions critiquables du Droit positif ».

²⁶⁴ Vezio Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, p. 1707, *apud*, Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., p. 236.

costituzionale italiana²⁶⁵, considerando legítimas as decisões manipulativas desde que a extensão normativa fosse resultante de um procedimento lógico necessário e que se referisse ao contexto normativo no qual estava a norma impugnada. A *Corte* logrou condensar seu entendimento na Sentença nº. 106 de 1986:

Uma decisão aditiva é consentida somente quando a solução conciliatória não é fruto de uma valoração discricional, mas respeite necessariamente ao juízo de legitimidade, assim é que a Corte, em realidade, produz uma extensão logicamente necessária e densamente implícita na potencialidade interpretativa do contexto normativo no qual é inserida a disposição impugnada. Quando, ao contrário, se vislumbra uma pluralidade de soluções, derivadas de possibilidades valorativas várias, a intervenção da Corte não é admissível, respeitando a respectiva escolha somente ao legislador²⁶⁶.

Ocorre que mesmo um defensor das decisões manipulativas como Modugno, depois de reconhecer a antiga dialética entre críticas à manipulação e sua justificação através do argumento da norma genérico-constitucionalmente obrigatória, foi

²⁶⁵ Sentenças nºs. 109 e 215 de 1986, e 128 de 1988, disponíveis em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>. A esse respeito, Roberto Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, cit., item nº 2 escreveu: “Pure assai nota la giurisprudenza attraverso la quale la Corte ha ‘creato’ il tipo di decisioni di natura ‘manipolativa’, dirette a produrre immediatamente una modifica del testo normativo attraverso decisioni autoapplicative da parte dei destinatari e dei giudici in particolari, sia dirette a colpire ipotesi di omissioni del legislatore, sia a modificare o sostituire specifiche previsioni normative. L’accusa di avere così travalicato i limiti ed essa imposti della Costituzione, è stata respinta dalla Corte, la quale ha fatto propria la soluzione, in verità più utile che convincente, prospettata da Crisafulli, il quale ha parlato, come noto, in proposito di ‘rime obbligate’, ad indicare come la Corte in sostanza non ‘crea’ qualcosa di nuovo, ma rende semplicemente palese ciò che deriva direttamente ed inequivocabilmente (appunto ‘a rime obbligate’) dal testo costituzionale”. Existem exemplos, embora menos evidentes, da acolhida ao argumento também no âmbito da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, cf., nesse sentido, as sentenças nºs. 76 de 1982 e 27 de 1985, disponíveis em: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/jurisprudencia_constitucional.php, acesso em: 29.03.2009.

²⁶⁶ Sentença nº. 106 de 1986, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>. Cumpriria referir que é copiosa a doutrina que contradita a validade de tal fundamentação, assim, exemplificativamente, Elena Malfatti, *et al.*, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 304; Roberto Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d’antico: la contesa sull’interpretazione conforme della legge*, cit., item nº 4 e Chiara Agnoletto, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale sugli atti amministrativi e processuali penali*, cit., item nº. 3.1. A esse respeito, Gustavo Zagrebelsky, *La Corte costituzionale e il legislatore*, p. 105, *apud*, Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., pp. 278-279, afirmou que “ningún principio constitucional es invocable para sostener la pretensión de la Corte de indicar todas las formas en que pueden concretarse los valores del ordenamiento, ni menos el modo de reconstruir interpretativamente el sistema legislativo”, pelo que é inaceitável a prolação de “decisiones creativas de un derecho no preexistente, que pretende introducir opciones políticas nuevas, desarrollando una función paralegislativa, sustitutiva de la del Parlamento, y extraña a la naturaleza de la función de nuestro Tribunal Constitucional”.

levado a obterer que a força do argumento não se mostra mais “resolutiva, seja pela sua vagueza, seja pelo fato de que a Corte nem sempre (e sempre menos) se mantém fiel a essa linha de justificação”²⁶⁷.

Daí um passo, concluiu-se que a Corte veste o direito jurisprudencial *ex novo* com as sóbrias roupas de uma mera explicitação de normas não formuladas pelo legislador, mas presentes no conjunto de seu trabalho²⁶⁸. Nesse sentido, Sorrenti lembra que Giuliani chegou a falar, analisando algumas decisões da *Corte costituzionale*, em expedientes “ficcionalistas”²⁶⁹.

Permitimo-nos dissentir. O fato mesmo de a *Corte* ver-se forçada a extrapolar a lógica, auto-imposta, da norma genérico-constitucionalmente obrigatória (*a rime obbligate*), antes que a correção da doutrina que critica sua atividade normativa, demonstra o caráter múltiplo e heterogêneo das situações de inconstitucionalidade que se oferecem ao juízo constitucional. São necessidades técnicas que levam as jurisdições constitucionais a exararem decisões de perfil aditivo não imediatamente reportáveis à potencialidade normativa do conjunto do direito positivado. Existem situações de inconstitucionalidade que demandam, para sua solução, arranjos técnico-decisórios que marcam a fronteira entre a prerrogativa de interpretar a Constituição e o dever de sustentar sua rigidez e injuntividade, implicando atividade normativa, ainda que sazonal e provisória²⁷⁰.

Aduziríamos ainda que afirmar-se uma constituição analítica não significa dizer constituição exauriente, e que também a ela, *mutatis mutandis*, aplica-se o raciocínio

²⁶⁷ Franco Modugno, *Alcune riflessioni a margine della ricerca su il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali – anni 2000-2005*, cit., item n° 8.

²⁶⁸ Nesse sentido, Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México: Editorial Porrúa, 2000, p. 99 e, do mesmo autor, *Das fontes às normas*, São Paulo: Quartier-Latin, 2005, pp. 215-235.

²⁶⁹ Giusi Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 128: “La caratteristica che contraddistingue i giudici italiani rispetto al panorama europeo consiste però nel fatto che essi ‘esitano a dichiarare i poteri equitativi’, basandosi su ‘especienti formalistici e finzionistici’, che offuscano la ‘reale motivazione’, cosicché in definitiva la soluzione adottata ‘può talora apparire giusta (o almeno al passo con la giurisprudenza europea), ma non giustificata’”. No mesmo sentido, Gianpaolo Parodi, *Lacunae e norme inespresses nella giurisprudenza costituzionale*, cit., item n° 4: “Per il momento, interessa sottolineare l’arbitrarietà dell’operazione argomentativa volta ad imputare tali norme inespresses al discorso del legislatore”.

²⁷⁰ Cf., nesse sentido, Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., pp. 231: “No en vano La Pergola se preguntaba si las sentencias aditivas y sustitutivas no serían al fin y al cabo hijas de aquellas normas programáticas que la Constitución exige desarrollar al Parlamento, y cuyo mandato el legislativo frecuentemente incumplió”.

que postula uma constituição invisível, a ser recavada – precipuamente diz o art. 102 de nossa Constituição – pela jurisdição constitucional, a partir do texto, sem dúvida, mas para além do texto. Ressalte-se, porém, que

dizer que a constituição invisível contém ou implica regras que não podem ser inferidas do texto visível não quer, de forma alguma, dizer que a constituição invisível não se relaciona com o texto visível. Na verdade, a maior parte das formas de arguir a constituição invisível é arguir possibilidades vindas do texto (mas não no sentido de considerá-lo como mera inferência lógica). Ao mesmo tempo, a “matéria escura” da constituição parece animar e cingir partes significativas do texto visível (*omissis*) Assim, talvez eu possa dizer que o texto visível da Constituição não contém tudo o que é fundamental na teoria constitucional²⁷¹.

Por tais motivos, nem mesmo podemos afirmar que, doravante, poder-se-á manter o raciocínio *a rime obbligate* como limite²⁷² absoluto desse poder normativo. Belaid, *v. g.*, afirmou que “a atividade criadora do juiz não é apenas de natureza interpretativa e dedutiva”, mas operacionaliza-se por formas “mais elaboradas, mais perfeitas e, assim, mais independentes”, permitindo-lhe desenvolver “uma certa representação da vida do grupo social e da ética a se observar”²⁷³.

Não podemos aceitar essa limitação prévia, ademais, em face do necessário compromisso com a contínua expansão e injuntividade dos direitos fundamentais e do programa constitucional, considerando, com Mangiameli, que a prolação de decisões manipulativas encontra-se largamente justificada do ponto de vista do “mérito constitucional”, pois responde, “essencialmente, à necessidade de realizar o ditado

²⁷¹ Laurence Tribe, *The invisible constitution*, cit., p. 38.

²⁷² Na Itália, a ideia do *a rime obbligate* como limite transparece em Giancarlo Rolla, *et al.*, *Tra politica e giurisdição: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia*, cit., item nº 1, 3: “Un primo tentativo per limitare la portata creatrice insita in tali pronunce consiste nell’indulgere in tali pronunce solo nei ai casi in cui si tratti di sentenze ‘a rime obbligate’, ossia quando la soluzione normativa proposta dalla Corte è logicamente necessitata e implicita nel contesto normativo, risultando assente ogni possibile scelta discrezionale”; e na remansosa, embora, como vimos, considerada sofisticada por alguns, jurisprudência da *Corte costituzionale*, cf., nesse sentido, as Sentenças nºs. 141, 234, 242 e 294 de 1984 e 350 de 1985, disponíveis em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>, acesso em 12.2008.

²⁷³ Sadok Belaid, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, cit, p. 281. Marcando posição contrária ao desenvolvimento de um tal programa, Bertrand Mathieu, *Le rôles de juge et de législateur dans la détermination de l’intérêt général*, in: Pierre Avril, *La création du droit par le juge*, cit., p. 48 escreveu: «Cette logique pose un véritable problème de séparation des pouvoirs (*omissis*) Derrière cette analyse profile un conflit de compétence entre le législateur dont il se fait parfois le censeur pointilleux. La réalité du pouvoir appartient alors en fait à celui que a le dernier mot, en l’espèce c’est le juge ».

constitucional”²⁷⁴. Daí porque podemos encontrar, em doutrina, menos que a afirmação dogmática do *self restraint*, o problema contrário: “em que sentido e em que medida o reconhecimento da discricionariedade do legislador deve comportar que a Corte decline de sua própria competência”²⁷⁵?

A resposta a essa pergunta envolve a definição prévia de um marco teórico, e nesse sentido, acreditamos que a postulação da natureza contramajoritária do Estado Constitucional de direito serve ao raciocínio como fórmula a partir da qual definir o espaço e a função da jurisdição constitucional dentro da forma de governo. Sem estar assentada tal premissa, por certo tornar-se-ia impossível uma reflexão coerente acerca de questões processuais afeitas à jurisdição constitucional, tais como as técnicas decisórias em controle de constitucionalidade²⁷⁶. Daí ter-se escrito que “a natureza do controle de constitucionalidade é um elemento de primeira importância para determinar a posição do juiz constitucional na paisagem institucional”²⁷⁷.

A assunção da premissa contramajoritária e a aplicação direta da constituição, lida em chave substancialista, implicam um novo patamar para o raciocínio. Surgem problemas, como o que aqui se apresenta: à função contramajoritária da jurisdição constitucional está associado um poder normativo supletivo daqueles detidos pelos poderes

²⁷⁴ Stelio Mangiameli, *Il contributo dell’esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, cit., item nº 6. No mesmo sentido, Marie-Claire Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italiennes et française : essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, cit., p. 25 : «ceux qui ‘jugent’ des décisions constitutionnelles s’intéressent plus aux résultats qu’aux raisons qui justifient lesdits résultats. Du moment qu’il existe un consensus sur le besoin de reconnaître une liberté non-écrite, la motivation est ignorée », e Ran Hirschl, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, cit., p. 32: “this approach (teorias evolucionistas) defines the trend toward the constitutionalization of rights and the fortification of judicial review as an inevitable by-product of a new and near-universal prioritization of human rights in the wake of World War II”.

²⁷⁵ Pasquale Costanzo, *Legislature e Corte costituzionale: uno sguardo d’insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant’anni di attività*, cit., item nº. 4. Nesse mesmo sentido, Markus Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, cit., p. 166: “existen otros factores que de alguna manera pueden tener una incidencia práctica en la decisión de los Tribunales Constitucionales de reparar unilateralmente las discriminaciones normativas. Uno de ellos es el de la desconfianza de que el legislador ordinario repare de forma rápida y efectiva la discriminación normativa detectada por el Tribunal Constitucional (*omissis*) además, no existen mecanismos eficaces que puedan obligarle a actuar, el Tribunal Constitucional puede creerse no sólo legitimado, sino incluso obligado a restablecer unilateralmente la igualdad en ejercicio de su función de garante de la supremacía constitucional”.

²⁷⁶ Cf., Elena Malfatti, *et al.*, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 300, para quem existe “una stretta relazione tra l’incertezza delle categorie processuali e l’incertezza della collocazione della Corte nella forma di governo”.

²⁷⁷ Marie-Claire Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italiennes et française : essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, cit., p. 53

político-majoritários? Diante, *v. g.*, de uma violação de direito fundamental apenas reparável pela atividade legiferante, derivada de omissão legislativa inconstitucional ou discriminação inconstitucional por meio de lei, a jurisdição constitucional deve exercer um papel, inicial ou profilático, no processo de nomogênese²⁷⁸? Em pouco: existe um poder normativo geral ínsito ao controle de constitucionalidade quando encarado como instrumento contramajoritário²⁷⁹?

A relação entre a função de garantir os direitos fundamentais contra a ação dos órgãos político-majoritários e o exercício de um poder normativo através do controle de constitucionalidade, embora não seja singela e evidente, vem sendo atestada, principalmente, pela doutrina americana²⁸⁰, mas não de forma insular: “a mais forte objeção à criatividade judicial – comentou Cappelletti – concerne ao caráter antimajoritário de tal criatividade”, sobretudo “quando o controle de constitucionalidade das leis está envolvido”²⁸¹.

²⁷⁸ Referindo-se à situação em Portugal, Vieira de Andrade, *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, in: Tribunal Constitucional, *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, cit., pp. 78-79, atestou que o Tribunal “tem na fiscalização abstracta sucessiva – espaço para decisões intermédias, que constituem o núcleo duro dos poderes da jurisprudência susceptíveis de afectarem o domínio da decisão legislativa (*omissis*) Isto para não falar sequer da possibilidade, também admitida entre nós, de, pelo menos com base no princípio da igualdade, o Tribunal Constitucional produzir sentenças que vêm integrar o ordenamento jurídico, funcionando como acrescentos normativos”. Na ADI 19, Rel. Ministro Aldir Passarinho, *DJ* de 14.04.1989, o Supremo Tribunal Federal parece ter respondido de forma afirmativa ao questionamento: “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO (ART. 103, PARAGRAFO 2. DA C.F.). A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO, DE QUE TRATA O PARAGRAFO 2. DO ART. 103 DA NOVA C.F., NÃO É DE SER PROPOSTA PARA QUE SEJA PRATICADO DETERMINADO ATO ADMINISTRATIVO EM CASO CONCRETO, MAS SIM VISA A QUE SEJA EXPEDIDO ATO NORMATIVO QUE SE TORNE NECESSARIO PARA O CUMPRIMENTO DE PRECEITO CONSTITUCIONAL QUE, SEM ELE, NÃO PODERIA SER APLICADO”.

²⁷⁹ Ugo Pagallo, *Alle fonti del diritto: mito, scienza, filosofia*, cit., pp. 169-170 definiu, com rara acuidade, a origem da tensão entre constitucionalismo e democracia na Europa: “Com’è noto, la moderna avventura dei tribunali ‘supremi’ inizia con l’esperienza giuridica nordamericana. In questo caso, rinviando ai dualismi costitutivi tipici dei sistemi di *common law*, la natura ‘dichiarativa’ delle funzioni della Corte non appare incompatibili con il carattere di fonte riconosciuto unanimemente alle sue decisioni. Queste ultime testimoniano anzi la presenza di principi giuridico *sottratti* alla disponibilità del *gubernaculum*, al ‘*seat of power*’ dell’autorità politica. Sicché, nel trapiantare questo modello, soprattutto grazie alla dottrina di Kelsen, all’interno del sistema pensato, ancora ed esclusivamente, nei termini ‘monistici’ che discendono dal principio di sovranità, è naturale che la figura della Corte costituzionale abbia dato luogo an’*inestricabile* serie di contrattempi e difficoltà concettuali. A quasi un secolo dal dibattito che vide protagonisti Kelsen e Carl Schmitt, l’odierna dottrina continua ancora oggi a discutere, e a dividersi”.

²⁸⁰ Cf., Michel Rosenfeld, *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, cit., p. 123. No mesmo sentido, Jon Elster, *et al*, *Constitutionalism and democracy*, cit., p. 195: “the countermajoritarian difficulty is broader than conflict between strict interpretivism and judicial policy-making”. Cf., por fim, Archibald Cox, *The role of the Supreme Court in american government*, cit., p. 109: “The use of constitutional adjudication as an instrument of reform intensifies the difficulty of explaining constitutional decisions by reference to accepted sources of law”.

²⁸¹ Mauro Cappelletti, *The judicial process in comparative perspective*, cit., p. 39.

Importa-nos, para melhor delinear o argumento, marcar a distinção, tanto em teoria como em eficácia, entre a criação judicial do direito²⁸² (comum competência de todos os juízes) e a elevação da jurisprudência da jurisdição constitucional à condição de fonte do direito (obtida no exercício do controle de constitucionalidade)²⁸³. Por criação judicial do direito, entendia Kelsen a atividade que leva o juiz do enunciado textual abstrato e geral à norma concreta e individual. Ao contrário, o que tentamos delinear é uma paisagem em que “a norma particular que figura na sentença se transforma em norma geral”²⁸⁴ através de sua eficácia, restando superado o dogma do legislador negativo e aceita a premissa segundo a qual defrontamos uma norma geral “quando se prevê que no futuro sucessivas decisões serão fundadas sobre a mesma interpretação”²⁸⁵.

Dentre os elementos que permitem-nos discriminar os dois fenômenos, destaca-se o caráter de última palavra que têm as decisões da jurisdição constitucional em controle de constitucionalidade, nota que concede às cortes um poder de vinculação “muito próximo daquele do precedente”²⁸⁶. Tal característica do controle de constitucionalidade dá às decisões da jurisdição constitucional “um alcance particular, muito diverso daquele das sentenças de outros juízes: produzindo um efeito similar àquele próprio de uma fonte do direito”²⁸⁷.

Não deve escapar ao leitor, especialmente, que essa situação implica flexibilizar tradicionais dicotomias, tanto entre os sistemas estatutário e da *common law*²⁸⁸,

²⁸² Definida por Christian Starck, *Creazione giudiziale del diritto rispetto alla formulazione del dispositivo (Tenorierung) e all'efficacia delle sentenze sul controllo di costituzionalità delle norme*, cit., item nº 1, como “l'intero e complesso percorso decisionale di un giudice, attraverso il quale una fattispecie viene messa in relazione con una norma da interpretare”, acrescentando ainda que “la rielaborazione di precedenti giudiziari e l'evoluzione del diritto appartengono entrambe all'idea della creazione giudiziale del diritto”.

²⁸³ Nesse sentido, Guy Canivet, *Activisme judiciaire et prudence interprétative: introduction générale*, cit., p. 30: « Une troisième catégorie de techniques de création du droit par les juges concerne la résolution des conflits de normes ».

²⁸⁴ Radomir Lukic, *Théorie de l'État et du droit*, cit., p. 405.

²⁸⁵ Péter Paczolay, *Legittimità costituzionale, interpretazione del diritto e il rapporto fra la Corte Costituzionale e la magistratura*, cit., item III.

²⁸⁶ Giancarlo Rolla, et al., *Tra politica e giurisdizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia*, cit., item nº I, 3.

²⁸⁷ Giancarlo Rolla, et al., *Tra politica e giurisdizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia*, cit., item nº I, 3. Cf., ainda, Alessandro Pizzorusso, *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXIº secolo*, cit., item nº 2: “Ma di grande importanza fu anche la reintroduzione nell'area romano-germanica, che si ebbe attraverso l'esperienza del controllo di costituzionalità delle leggi, dell'idea che attività giurisdizionali potessero determinare, anche direttamente, conseguenze del tipo di quelle che sono generalmente considerate proprie delle fonti del diritto”.

²⁸⁸ Acerca dessa importante questão, cf., Guy Canivet, *Activisme judiciaire et prudence interprétative: introduction générale*, cit., p. 7: « Lorsqu'on aborde la question de création du droit par les juges, il est

quanto entre os modelos americano e europeu de controle de constitucionalidade. Quanto à distinção entre os sistemas de direito, Praeli logrou chamar nossa atenção para o fato de que as jurisdições constitucionais europeias, assim como os juízes da *common law*, encontram-se “premunidos da capacidade de ‘criar’ normas de alcance geral”, pelo que indaga-se, com justeza, em que medida a multiplicação das técnicas de decisão dotadas de eficácia vinculante para todos “supõe a adoção do princípio *stare decisis*”²⁸⁹, ou pelo menos, aponta para a sua iminente recepção nos sistemas romano-germânicos²⁹⁰.

Autores há que vão além, considerando a adstrição do legislador à Constituição um elemento que legitima “o poder do juiz constitucional de participar da formação da lei”, o que, mais que uma competência, significa estabelecer uma “nova

traditionnel d’opposer les pays de tradition romano-germanique et les apys de *common law*. Dans les premiers, spécialement en France, les magistrats seraient tenus de se contonner au rôle d’automates mécaniquement la loi, alors que dans les secondes, les juges, entant qu’oracles du droit, auraient la toute liberté de modifier celui-ci. La réalité ne correspond pas parfaitement à cette image excessivement contrastée. Le débat portant sur le pouvoir des juges se retrouve dans le nombreux États. Les arguments échangés sont souvent proches. Même les critiques et les invectives exprimées dans un pays repellent souvent celles entendues dans un autre », e Radomir Lukic, *Théorie de l’État et du droit*, cit., pp. 388-389 : « Cependant il est intéressant de noter que dans le droit anglo-saxon, le rôle de la loi et du droit écrit semble se renfrocer de plus en plus (*omissis*) A l’opposé, dans le droit continental, on assiste à un certain affaiblissement de la loi et au renforcement des autres sources, et surtout il faut noter le rôle des actes étatiques inférieurs à la loi, qui prennent de l’importance, ainsi que la pratique judiciaire qui devient un type indépendant de source du droit ».

²⁸⁹ Francisco Praeli, *Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del tribunal constitucional*, cit., p. 181. No mesmo sentido, Mauro Cappelletti, *The judicial process in comparative perspective*, cit., p. 42: “We shall see, though, that important difference between the civil law and common law worlds has been, if not abolished, at least attenuated in recent years, especially through the creation, in a growing number of civil law nations, of constitutional courts whose judges are, for the most part, political appointees”.

²⁹⁰ Cf., nesse sentido, Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., p. 233: “Como afirma Elia reconociendo un sentir común, es hora de reflexionar sobre el hecho de hasta qué punto la opción por la jurisdicción constitucional no comporta también la apropiación para los tribunales constitucionales, aunque sea parcialmente, de los poderes con que los jueces americanos del ‘common law’ controlan la vigencia del texto constitucional. Si no habrá ‘una transmigración, primero y ante todo, de los modos de pensar y de hacer de los juristas, antes que de los poderes de los jueces’. Con ello, podría pensarse, la ‘racionalización’ del sistema americano que Kelsen pretendiera al crear el sistema concentrado se veria quizás irónicamente trastocada”. Cf., ainda sobre o tema da aproximação entre os sistemas de controle de constitucionalidade, Martin Shapiro, *et al.*, *On law, politics & judicialization*, cit., p. 352: “the abstract review of statutes is alive and well in the United States. Indeed, it has become a ‘normal’ technique of judicial lawmaking in the areas of free speech and abortion rights”. Cf., para o lado europeu da moeda, Francisco Segado, *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*, *Revista Directo Público*, ano I, nº 2, out./dez. 2003, cit., p. 70: “constituye una prueba más del progresivo entremezclamiento de elementos de uno y otro sistema, si se advierte que en algunos países, como es el caso de Alemania, los jueces ordinarios han venido controlando la constitucionalidad de las leyes preconstitucionales, y que en otros varios, como acontece en España, a esos mismos órganos jurisdiccionales ordinarios corresponde, por la vía del control de legalidad, controlar la constitucionalidad de las normas infralegales”.

linguagem da democracia”, um “novo regime institucional e político de produção da vontade geral”²⁹¹. O legislador, em síntese, divide o poder legislativo com o juiz²⁹².

Assim, não obstante possíveis equívocos que possam ser cometidos enquanto solidificam-se e evoluem os estudos sobre as novas técnicas de decisão²⁹³, não consideramos possível negar que do exercício da jurisdição constitucional deriva, necessariamente, um poder normativo, um poder constituinte *ratione materiae*:

A Suprema Corte, se não exerce o poder constituinte formal de revisão, se não é titular do poder constituinte originário, para criar, como tem criado, tanto direito público constitucional, ao lado e, até, sobre a Constituição escrita, força é convir que detém poder constituinte material, poder constituinte *ratione materiae*. E detendo-o, remanesce sempre o

²⁹¹ Dominique Rousseau, *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi*, cit., inítrito. O tema, na doutrina francesa, é tratado por Sadok Belaid, *Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, cit., p. 85: “Le juge, la jurisprudence sont parmi les principaux pôles et organes de l’ordre juridique”; Bertrand Mathieu, *Le rôles de juge et de législateur dans la détermination de l’intérêt général*, cit., p. 43: « En effet, le Conseil constitutionnel se doit de vérifier si le législateur a bien pris en compte ces deux exigences que lui impose la Constitution: poursuite de l’intérêt général et garantir des droits. Il utilise pour ce faire la technique du contrôle de proportionnalité. Ainsi, le juge constitutionnel apprécie l’équilibre réalisé entre ces exigences, et la pondération que le législateur accorde aux considérations d’intérêt général. Cependant, le Conseil exerce un contrôle restreint sur l’objectif d’intérêt général poursuivi par le législateur” e Michel Troper, *Por uma teoria jurídica del Estado*, cit., pp. 321-323: “Lo que se presupone es que el juez constitucional contribuye a la expresión de la voluntad general y que esta contribución se justifica por la forma como el juez la ejerce (*omissis*) La institución de un juez constitucional se relaciona precisamente con ese tipo de sistema: el juez participa en la producción de la ley y desarrolla un acto de voluntad pero, contrariamente a una asamblea parlamentaria o a un órgano dotado de un derecho de veto, no se pronuncia según criterios de oportunidad”. Cf., para o pensamento constitucional espanhol, Francisco Segado, *La defensa de la Constitución en España*, in: Coloquio Internacional, *La actualidad de la defensa de la Constitución*, México: UNAM/SCJN, 1997, p. 62: “los tribunales constitucionales, por medio de una cierta sustitución institucional parcial respecto del legislador, influyen sobre el *indirizzo político*, no sólo constitucional, sino también de gobierno. Dicho de otro modo, los tribunales constitucionales ejercen en alguna medida una verdadera función de dirección política que se proyecta sobre los restantes órganos constitucionales”. Para o italiano, a observação de Franco Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, p. 54, *apud* Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., p. 260, para quem as sentenças manipulativas não passam do desenvolvimento “de la auténtica naturaleza de la jurisdicción constitucional, que no es simplemente caducatoria, sino que está destinada a concurrir a la elaboración legislativa y al desarrollo de los principios fines y programas constitucionales”. E, finalmente, para o português, Francisco Pires, *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, cit., p. 173: “De facto, quando a interpretação é como uma parte do processo legislativo este acaba por ser infiltrado também pela interpretação institucional da Constituição que ao TC incumbe. Ou, noutra perspectiva, a interpretação constitucional do TC pode ser vista como culminando o próprio processo legislativo”.

²⁹² Martin Shapiro, *et al.*, *On law, politics & judicialization*, cit., p. 69. Também assim, Jean Boulouis, *A propôs de la fonction normative de la jurisprudence: remarques sur l’œuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, cit., p. 161 : « L’observation de la réalité conduisant à constater que le dogme de la juridiction, fonction-liée, ne s’est jamais pratiquement traduit dans les faits et que ‘dans le cadre de sa mission propre, avec des limitations qui tiennent aux règles de sa fonction et qui excluent la rivalité avec la loi, au fil des cas qui lui sont soumis, (le juge) crée du droit ».

²⁹³ Martin Shapiro, *et al.*, *On law, politics & judicialization*, cit., p. 164: “Thus if the people choose judicial review courts those courts will make constitutional law just as inevitable as dogs will bite. And courts unchained against interlopers may well bite the wrong person from time to time”.

constituente originário, titular da decisão política básica. Na “interpretation”, o magistrado aloja-se dentro da Constituição; na “construction”, quando o é no direito público federal, vai mais além, perpetuando o constituinte primeiro, cujo o ato é substancialmente político²⁹⁴.

3 Funções das técnicas manipulativas

A prolação de decisões com perfil manipulativo responde a uma ampla gama de problemas suscitados pelo histórico descompasso entre a dinâmica do sistema político eletivo-majoritário e a rigidez de constituições com pretensões de injuntividade, inclusive quanto aos direitos a prestações positivas cometidas aos Estados. Referindo-se ao sistema italiano, mas com palavras que, perfeitamente, respondem às necessidades funcionais do nosso Supremo Tribunal, esclareceu Martín de La Vega:

É difícil entender a proliferação das sentenças manipulativas sem ter em conta a combinação de três fatores determinantes no caso italiano: a existência de uma Constituição com uma forte carga programática e vocacionada a um desenvolvimento progressivo, a continuidade básica de um ordenamento legal com fortes resquícios não só protoliberais mas também autoritários, e a simultânea ineficácia do Parlamento para dar uma resposta em tempo socialmente requerido tanto às demandas de atuação da Constituição, como a necessária adequação do preexistente ordenamento legal à ordem constitucional²⁹⁵.

Problemas técnicos - internos ao controle de constitucionalidade e alheios à atividade legislativa - também concorrem para tornar incontornável a prolação de decisões com perfil aditivo. Aduz-se, a esse respeito, que, em ordenamentos carentes de uma via processual direta para a jurisdição constitucional, através da qual o cidadão comum possa buscar a salvaguarda definitiva de um direito fundamental – como o são o brasileiro e o italiano -, as decisões de perfil aditivo soam ter seu papel, normalmente residual, hipertrofiado. La Pergola, acerca do tema, ponderou que na falta de um recurso como o espanhol de amparo ou a *verfassungsbeschwerde* alemã, as decisões aditivas terminam por afirmar-se como técnicas preferenciais de “reinterpretação e tutela dos direitos subjetivos”^{296/297}.

²⁹⁴ Lourival Vilanova, *Escritos jurídicos e filosóficos*, vol. I, cit., pp. 384-385.

²⁹⁵ Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., pp. 229-230.

²⁹⁶ A. La Pergola, *La Constitución como fuente suprema del Derecho*, in: Antonio Pina, *Decisión de poderes e interpretación*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 149.

²⁹⁷ Entre nós, o problema está em vias de ser sanado. Cf., para tanto, o Projeto de Lei nº 6543 de 2006, que tramita na Câmara dos Deputados: “Art. 1º O art. 2º da Lei nº 9882, de 3 de dezembro de 1999, passa a vigor

A par de todas essas circunstâncias (programaticidade e injuntividade do texto constitucional, ordenamento pré-constitucional de matiz autoritário, omissão frequente do legislador em realizar a Constituição e reformar o ordenamento refratário aos valores constitucionais e, finalmente, a falta de um recurso que não esteja submetido ao esgotamento das instâncias ordinárias) - que terminam por estabelecer uma relação direta entre a prolação de decisões de perfil aditivo e a própria *ratio essendi* da jurisdição constitucional -, a doutrina destaca as omissões parciais discriminatórias como o campo de maior e mais problemática incidência de decisões desse jaez²⁹⁸.

acrescido dos seguinte inciso III e § 3º: III – qualquer pessoa lesada ou ameaçada de lesão por ato do Poder Público. § 3º A propositura da arguição pelas pessoas referidas no inciso III do caput deste artigo deverá observar os requisitos fixados no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, exigindo-se que a questão constitucional discutida no caso atenda aos mesmos requisitos exigidos para a caracterização da repercussão geral a que se refere o § 3º do art. 102 da Constituição”, disponível em: http://www.ajuris.org.br/doc_proplegis/PL6543-06.doc, acesso em 11.05.2009.

²⁹⁸ A esse respeito, Gilmar Mendes, *A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no direito brasileiro*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, jan./mar., 2008, disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-13-JANEIRO-2008-GILMAR%20MENDES.pdf>, acesso em 02.04.2009, p. 16: “Evidentemente, a cassação da norma inconstitucional (declaração de nulidade) não se mostra apta, as mais das vezes, para solver os problemas decorrentes da omissão parcial, mormente da chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. É que ela haveria de suprimir o benefício concedido, em princípio, licitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados”; Ricardo Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, cit. p. 222; Christian Starck, *Creazione giudiziale del diritto rispetto alla formulazione del dispositivo (Tenorierung) e all’efficacia delle sentenze sul controllo di costituzionalità delle norme*, cit., item IV; Leopoldo Elia, *Comunicación oral*, cit., pp. 472-473 e Markus Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, cit., p. 17: “resulta significativo que la mayor parte de las sentencias integrativas desarrolladas en los diversos países se haya dado precisamente en relación con discriminaciones normativas. Este hecho permite intuir que este y otros problemas del modelo tradicional del legislador negativo están directamente relacionados con la estructura y el contenido del principio de igualdad en la ley (*omissis*) en todos os países analizados constituye una de las normas constitucionales más invocadas en la práctica jurisprudencial”. No mesmo sentido, Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da constituição*, cit., p. 745: “Uma lei, ao atribuir um direito ou uma vantagem (v. g., uma pensão) ou ao adstringir a um dever ou ónus (v. g., uma incompatibilidade), contempla certa categoria de pessoas e não prevê todas as que se encontram na mesma situação, ou acolhe diferenciações infundadas. Que fazer: eliminar os preceitos que, qualitativa ou quantitativamente, violem o princípio de igualdade? Ou, pelo contrário, invocando os valores e interesses constitucionais que se projectam nessas situações, restabelecer a igualdade? Decisões aditivas são, em especial, as que adoptam o segundo termo da alternativa”. Acerca do caráter especialmente deflagrador de tensões entre a jurisdição constitucional e o legislador que possui o controle constitucional do princípio da igualdade, cf., Pedro Villalón, *Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria*, cit., p. 89: “Ahí hay enormes campos de problemas y está toda la interpretación del principio de igualdad como un potencial campo expansivo invasor de la competencia política del parlamento”; e, Rubio Llorente, *La Corte constitucional italiana*, cit., p. 19: “Se trata, evidentemente, de un muy espinoso problema, quizás no susceptible de solución dogmática. La Corte habrá de establecer en cada caso la tenue frontera que media entre el control de la arbitrariedad y la valoración política”.

3.1 Supressão da inconstitucionalidade provocada por omissão legislativa com efeitos discriminatórios

Tais ofensas legislativas ao princípio da igualdade costumam ocorrer quando duas situações de fato análogas são tratadas pela lei de forma desigual, sem que para isso haja razoável e suficiente fundamento. Embora sejam de fácil constatação, o raciocínio torna-se complexo ao levarmos em consideração que nem sempre é singelo determinar quando existe esse fundamento suficiente²⁹⁹. Canas tentou pôr termo ao problema, aludindo àquela

situação em que o legislador, tendo tratado juridicamente certa questão, omitiu um ponto concreto, facilmente detectável pela análise das restantes normas do diploma, de normas de diplomas diferentes, ou por qualquer outra forma que permita a afirmação de que certa solução, em concreto, teria sido ou deveria ter sido a eleita (ou disso estaria próxima) pelo legislador; ou então aquele em que não se lhe atribui qualquer liberdade de escolha, nem quanto aos fins, nem quanto aos meios³⁰⁰.

Importaria notar, sobretudo, que a eficácia aditiva em tais espécies torna-se algo incontornável e, por fim, reconhecer que a resolução da situação criada por uma omissão inconstitucional nunca é apenas negativa³⁰¹, “porque, devendo a declaração de

²⁹⁹ Sobre esse problema, escreveu Kermit Roosevelt III, *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*, cit., p. 16: “Almost all laws could be characterized as discriminatory (*omissis*) The tax code grants preferential treatment to homeowners and married couples. State universities discriminate among applicants based on test scores, grade point averages, geographical origin, alumni parents, and nebulous ‘diversity’ considerations. States employ similar considerations when hiring employees. Even age or vision requirements for driver’s licenses discriminate. Some of these practices may be constitutionally problematic, and some are surely acceptable. But the words of the Constitution do not tell us which is which”.

³⁰⁰ Vitalino Canas, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, pp. 94-95.

³⁰¹ Nesse sentido, Francisco Revorio, *Valores superiores y actividad interpretativa*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 363; Markus Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, cit., p. 122; Francisco Praeli, *Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del tribunal constitucional*, cit., pp. 186-187: “Como se ha podido apreciar, la utilización de las ‘sentencias aditivas o acumulativas’ logra eliminar una ‘exclusión implícita’ que se configura con la omisión en el texto escrito de la norma, que conlleva la misma vulneración que la derivada de una omisión expresa. Si bien es cierto mediante este pronunciamiento se va a insertar en el ordenamiento jurídico la regulación ausente, al convertir ‘la negativa en positiva’ e inclusiva del grupo inicialmente excluido. Esto encuentra justificación en la obvia identidad entre el grupo excluido y el incluido inicialmente dentro del supuesto de la norma, que hace imposible sostener que el Tribunal ha podido actuar discrecionalmente”; Gianpaolo Parodi, *Lacune e norme inespresso nella giurisprudenza costituzionale*, cit., item nº 2.1: “Interpretare le sentenze additive come decisioni vertenti su omissioni legislative, come si è detto, è uno dei modi intuitivamente più plausibili di individuare il loro oggetto alla luce del dispositivo, che dichiara l’illegittimità costituzionale delle disposizioni in esso indicate nella parte in cui non prevedono qualcosa che secondo la costituzione dev’essere, da quelle, previsto”, e, finalmente, entre nós, Gilmar Mendes, *et al.*, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1194: “A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser

ilegitimidade estar acompanhada da enunciação das exigências que deviam ter sido cumpridas, não pode deixar de elaborar os critérios que devem informar a norma”³⁰² que deverá regular a situação não contemplada.

Bem cedo, a *Corte costituzionale* afirmou-se competente para realizar a operação em tela: “Resta ao juiz da constitucionalidade a indagação sobre as circunstâncias, da qual pode resultar a inexistência de qualquer pressuposto idôneo a justificar a diversidade de trato”³⁰³. Talvez devêssemos dar mais um passo nessa direção e aceitar a constatação de Parodi, quando afirma que as decisões com perfil aditivo sempre foram interpretadas como destinadas “a declarar a inconstitucionalidade de uma manifestação de vontade negativa do legislador” ou, mais especificamente, “de uma norma negativa implícita extraída por meio de interpretação da disposição indicada no *decisum*”³⁰⁴.

Contra essa associação entre decisões aditivas e reparação da ofensa ao princípio da igualdade por meio de discriminações legislativas insurge-se parte da doutrina. Bognetti, v. g., criticou o processo pelo qual, em sua opinião, o “princípio da igualdade se tornou, nas mãos da Corte, uma arma de controle transversal de todos os tipos de legislação sob o inteiro arco do ordenamento”³⁰⁵. Zagrebelsky também opôs-se ao processo que analisamos:

Frequentemente, no caso de um privilégio a eliminar-se, se usa proceder com sentenças aditivas que pretendem estender o tratamento “ulterior” ao caso que não estava previsto, ou seja, se pode dizer, através da generalização do privilégio. Se trata, como é fácil notar, de um uso perverso do princípio da igualdade que, ao invés de eliminar o privilégio³⁰⁶,

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”.

³⁰² Constantino Mortati, *Appunti per uno studio sui remedi giurisdizionale contro comportamenti omissivi del legislatore*, apud, Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., pp. 238-239.

³⁰³ *Corte costituzionale*, sent. n. 7/1962, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>, acesso em: 08.04.2009.

³⁰⁴ Gianpaolo Parodi, *Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale*, cit., item nº 2.2.

³⁰⁵ Giovanni Bognetti, *Por una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione*, disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegna/aic200210/bognetti.html>, acesso em 18.10.2008, p. 64.

³⁰⁶ Aplicando essa solução, de equiparação por baixo, o Tribunal Constitucional espanhol prolatou as Sentenças 28 e 114/1992, disponíveis em: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/jurisprudencia_constitucional.php, acesso em: 02.04.2009.

tende a generalizá-lo (e nem sempre é dito que a generalização do privilégio é um fato que muda sua qualidade) (*omissis*) Isso é tanto mais importante enquanto frequentemente a solução através da equiparação comporta problemas de cobertura financeira da nova equivalência. A consequência dessa pronúncia aditiva, nesse caso, de fato, será a introdução de uma norma que impõe nova despesa sem dizer-se de que modo se lhe fará frente³⁰⁷.

Sem ignorar tais argumentos, é preciso obter-se que se é certo que a vontade expressa do legislador não deve ser retalhada e subvertida no processo de controle constitucional da lei³⁰⁸, também devemos admitir que essa vontade, quando ofensiva à parte mais sensível da Constituição (cláusulas pétreas, p. ex.), que lhe faculta a voz, deve ser tida pela jurisdição constitucional como um problema a ser sanado, e não, ao revés, como uma expressão intocável de um dos pilares do Estado³⁰⁹. Do ponto de vista técnico, está nisso implicada a consciência da distinção entre lacuna jurídica (ou lógica) e lacuna teleológica³¹⁰, o primeiro tipo pode ser sanado através de interpretação sistemática, o segundo requer decisões manipulativas com efeitos aditivos. A utilização de tais técnicas decisórias parte da consideração de que “o resultado de uma omissão do legislador não é, propriamente, uma lacuna”, tratando-se, mais propriamente, “de uma lacuna ideológica, axiológica”³¹¹.

Talvez fosse possível racionalizar a discussão se houvesse alguma concordância acerca da existência de uma relação entre a prolação crescente de decisões

³⁰⁷ Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 162-163.

³⁰⁸ A esse respeito, cf. o julgamento de admissibilidade na ADI 3459, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 07.04.2006, assim ementado: “CARÊNCIA DE AÇÃO – PROCESSO OBJETIVO – PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSEQÜÊNCIA – SURGIMENTO DE NORMATIZAÇÃO. Uma vez surgido, como conseqüência do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade, normatização estranha ao crivo da casa legislativa, forçoso é concluir pela impossibilidade jurídica”.

³⁰⁹ A doutrina portuguesa, até certo ponto, parece ter aceito um limite bem estabelecido para o argumento do *self restraint*, que impedia o Tribunal de agir em determinado feudo legislativo. Cf., nesse sentido, Vital Moreira, *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, cit., pp. 196-197: “como mostra a doutrina e a jurisprudência de vários países, este princípio (da não criação de normas pela jurisdição constitucional) tem de ser modulado em relação às normas atributivas de direitos ou impositivas de deveres e que violem o princípio da igualdade. Se o legislador exclui das vantagens ou dos encargos uma parte dos que constitucionalmente tinham direito às primeiras ou deveriam estar obrigados aos segundos, então a inconstitucionalidade da lei, *na parte em que operou a exclusão*, é admissível apesar do conseqüente alargamento do âmbito da norma, visto que o legislador não podia constitucionalmente excluir uma parte os constitucionalmente elegíveis para beneficiar do direito ou suportar as obrigações em causa”; e Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da constituição*, cit., p. 747: “não vemos como recusar esse tipo de decisões perante discriminações ou diferenciações infundadas, frente às quais a extensão do regime mais favorável se oferece, simultaneamente, como a decisão mais imediata para a sensibilidade colectiva e a mais próxima dos valores constitucionais”.

³¹⁰ Frederico Roselli, *Sui contrasti giurisprudenziale*, cit., item n° 3.1.

³¹¹ Gianpaolo Parodi, *Lacune e norme inespresse nella giurisprudenza costituzionale*, cit., ite, n° 2.3.2.

com perfil aditivo e o maior peso no sistema do controle da omissão legislativa, principalmente parcial. Acreditamos que se dessa relação resultam consequências para o equilíbrio entre os poderes, obrigando uma nova dinâmica, isso não passa de um elemento acessório e lateral de um fenômeno maior, qual seja, a injuntividade forçada das constituições rígidas, a par, e, em muitos casos, contra a vontade dos órgãos político-majoritários. Llorente logrou condensar nossa argumentação em algumas linhas:

Creio que o que mais importa é repensar o conteúdo de razão que têm, desde as condições do presente, muitas das habituais reações críticas ante os “excessos” dos tribunais constitucionais na reparação, sobretudo, das omissões discriminatórias da lei. O legislador que se aventura a diferenciar – e nenhum pode deixar de fazê-lo – deve assumir a eventualidade do reproche jurídico e de que as categorias ou classes discriminadas alcancem por meio da sentença constitucional, ou a partir dela, a recuperação do *status* que lhes negou a norma legislada. Esse possível resultado da decisão jurisdicional está inserto, ainda que não sem limites, na dinâmica regular da vida do ordenamento, frente ao que pouco hão de valer exorcismos doutrinários em torno da imagem do “legislador negativo” que não foi nunca realidade generalizada em lugar algum e que hoje, decididamente, carece de toda verosimilitude – por causa da complexidade do ordenamento – em qualquer dos sistemas assentados de jurisdição constitucional³¹².

4 Tipologia

Somente de uma perspectiva teórica e estática é que se podem estabelecer distinções ulteriores no interior da ampla categoria das decisões manipulativas, pois, observadas quando insertas na dinâmica do controle de constitucionalidade, essas técnicas de decisão soam adotar configurações mistas³¹³. No espaço aberto pelo “corte no cordão umbilical que ligava a lei ao momento em que foi aprovada”³¹⁴, as diferentes técnicas de decisão confundem-se em meio à tarefa de definir o halo normativo de cada disposição acioimada inconstitucional.

Consoante a multiplicidade de situações inconstitucionais que foram apresentadas às cortes, multiplicaram-se as técnicas de decisão em controle de

³¹² Rubio Llorente, *et al.*, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, cit., p. 114.

³¹³ Assim, Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., p. 219.

³¹⁴ Giancarlo Rolla, *et al.*, *Tra politica e giurisdizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia*, cit., item nº I, 3. Também assim, Gustav Radbruch, *Filosofia do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 164: “O intérprete pode entender uma lei melhor do que a entenderam os seus criadores; a lei pode ser muito mais inteligente do que os seus criadores – ela tem de ser mais inteligente que os seus criadores”.

constitucionalidade³¹⁵. Caberia referir, assim, as interpretativas (com destaque para a de interpretação conforme a Constituição), as de procedência parcial – com ou sem redução de texto, as substitutivas, as de inconstitucionalidade por omissão superveniente e, por fim, as aditivas, posteriormente subdivididas em aditiva de garantia, aditiva de despesa, aditiva de mecanismo e aditiva em matéria criminal – para ficarmos apenas nas que sanam de forma unilateral a situação de inconstitucionalidade.

Tais circunstâncias desaconselham qualquer pretensão ao tratamento exauriente da disciplina processual das técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. Optamos, então, pelo estudo em separado daquelas espécies de decisões que, tanto na jurisprudência da *Corte* italiana quanto na do Supremo Tribunal Federal, mostraram-se aptas a veicular efeitos aditivos. Em seguida, nos deteremos sobre as decisões com efeitos aditivos de despesa e as decisões manipulativas em matéria penal, enquanto espécies que elevam ao seu clímax a tensão entre jurisdição constitucional e os poderes político-majoritários.

4.1 Decisões com efeitos aditivos em controle de constitucionalidade: confluências entre as jurisprudências da *Corte costituzionale* italiana e do Supremo Tribunal Federal brasileiro

A comparação proposta importa por ressaltar os paralelos que, não obstante as peculiaridades do constitucionalismo italiano³¹⁶, existem entre as circunstâncias

³¹⁵ Franco Modugno, *Alcune riflessioni a margine della ricerca su il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali – anni 2000-2005*, cit., item nº 1: “all’interno della categoria di queste sentenze (variamente denominate come ‘manipolative’, ‘creative’, ‘normative’, ‘integrative’) ha distinto diversi sottotipi con i loro rispettivi nomi (‘interpretative do accoglimento’, ‘parziali’, ‘riduttive o abblative’, ‘additive di garanzia’, ‘additive di prestazione’, ‘additive de maccanismo’, ‘additive di principio’, ‘sostitutive’, ‘datate’, ‘di inconstituzionalità differita’, di ‘inconstituzionalità sopravvenuta’, e così via)”. Ainda sobre as distintas tipologias que são construídas pela doutrina, cf., Chiara Agnoletto, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale sugli atti amministrativi e processuali penali*, cit., item 2: “Più complesso è lo studio delle decisioni manipolative dove, accanto ad una componente caducatoria, ne troviamo una ricostruttiva o integrativa, e dove c’è la possibilità di suddivisione in varie categorie. Un Autore inoltre distingue tra decisioni manipolative nello spazio (sostitutive e additive) e nel tempo (mera – inconstituzionalità: inconstituzionalità accertata ma non dichiarata e de efectos diferidos); le prime sono di due tipi e possono determinare una alterazione del testo costituzionale (che viene integrato dalla lettura fatta dalla Corte che, attraverso un’attività ermeneutica, va ad estendere il parametro costituzionale) oppure determinare una alterazione del testo di legge (che viene modificato dalla Corte)”. Cf., ainda para a realidade italiana, Giusi Sorrenti, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, cit., pp. 192-198 e Riccardo Guastini, *Das fontes às normas*, cit., pp. 299-304; e, para a portuguesa, Vitalino Canas, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, cit., pp. 79-103.

³¹⁶ Cesare Pinelli, *Diritto, legge, costituzione. Variazioni sul tema*, disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegna/aic200210/pinelli.html>, acesso em:

jurídico-políticas em que atuam a *Corte costituzionale* daquele país e o Supremo Tribunal Federal brasileiro³¹⁷, justificando iniciativas, dos dois tribunais, no sentido de sanar unilateralmente a situação de inconstitucionalidade³¹⁸.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, poder-se-ia coligir copiosa jurisprudência em que a interpretação conforme a Constituição levou o Tribunal à prolação de decisões com efeitos aditivos, adequando a norma impugnada, unilateralmente, ao conjunto da Constituição. O resultado aditivo foi alcançado por vias técnicas diversas (procedência parcial sem redução de texto³¹⁹, interpretação conforme a Constituição

09.03.2009, item nº 4: “Si trattava di una concezione diversa tanto dal costituzionalismo americano, dove l’idea di costituzione va sempre oltre i risultati della contingente volontà politica del legislatore, e fonde piuttosto da difesa dei diritti costituzionali nei confronti delle mutevoli maggioranze parlamentari, quanto dal costituzionalismo francese, dove al contrario è la sovranità dell’assemblea elettiva ad esprimere una massima disponibilità di interpretazione costituzionale”.

³¹⁷ Entre eles, podemos referir a comum recalitrância parlamentar nos dois países em atender ao apelo por legislação partido das respectivas jurisdições constitucionais. No Supremo Tribunal Federal, encontram-se, pelo menos, duas decisões com efeitos aditivos que se fundam, também, em tal recalitrância. Cf., nesse sentido, a Ementa do MI 284, Rel. Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 26.06.1992: “Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção nº 283, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório” (Decisão substancialmente idêntica foi proferida no MI 562, Rel. Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 20.06.2003).

³¹⁸ O fenômeno também é recorrente no Tribunal Constitucional espanhol, cf., nesse sentido, Camazano, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, cit., pp. 409-410: “La utilización de este tipo de sentencias se plantea especialmente respecto de las hipótesis de desigualdad normativa o trato desigual por parte de una ley, porque la Ley prevé determinadas consecuencias para determinadas hipótesis, pero no para otros supuestos que constitucionalmente hubieran exigido un tratamiento igual. Como dice el TC español, ante tales hipótesis cabe, en principio, *equiparar por arriba*, suprimiendo las restricciones o exclusiones injustificadas establecidas por el legislador con la consiguiente extensión del beneficio a los discriminados y así lo ha hecho el TC español, por ejemplo, extendiendo la pensión de viudedad prevista en favor de las viudas también a los viudos (STC 103 y 104/1983, entre otras); o extendiendo determinadas prestaciones, previstas en el enunciado legal para las hijas o hermanas de pensionistas de jubilación o invalidez, también a los hijos y hermanos (STC 3/1993, de 14 de enero); o extendiendo determinados derechos reconocidos por el texto de la norma a favor de los militares profesionales que ingresaron en las Fuerzas Armadas de la República antes del 18 de julio de 1936 también a los militares profesionales ingresados con posterioridad a dicho año en tales Fuerzas Armadas (STC 116/1987); o extendiendo el beneficio de subrogación *mortis causa* previsto en la legislación de arrendamientos urbanos al conviviente *more uxorio* (STC 222/1992, de 11 de diciembre); o suprimiendo determinados límites específicos que operaban para el reconocimiento de una pensión de orfandad a favor de los hijos por adopción con la supuesta finalidad de evitar ciertos fraudes (supervivencia del adoptante por dos años, al menos, desde la fecha de la adopción), y que no operaban respecto de los hijos por naturaleza (STC 200/2001)”. Em todas as hipóteses, note-se, o provimento aditivo era o objeto principal da ação, e não um mero efeito regulador das situações jurídicas consolidadas sob o regime inconstitucional e apanhadas pelo julgamento do Tribunal.

³¹⁹ Como resultado de decisões de procedência parcial sem redução de texto, v. g., o Tribunal alterou o ordenamento na ADI 3324/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 05.08.2005 e na ADI 2084/SP, Rel. Ministro Ilmar Galvão, *DJ* de 14.09.2001.

restritiva ou extensiva do âmbito de incidência da norma impugnada em ADI, extensão da área de incidência de disciplina análoga já existente, etc.) e talvez isso explique o silêncio da doutrina sobre a natureza desse conjunto de decisões.

Exemplifiquemos: sem aditar o texto da lei impugnada, o Tribunal, por via de interpretação, estendeu o âmbito de incidência de regime processual mais favorável com o intuito de colmar, unilateralmente, omissão ofensiva ao princípio da isonomia:

Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme à Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos³²⁰.

Em outra ocasião - a provar a heterogeneidade dos problemas que o Tribunal precisa enfrentar -, a eficácia necessária à salvaguarda do princípio da igualdade era oposta, ou seja, a restrição do âmbito de incidência da norma. O Tribunal considerou que a lei que limitava em R\$ 1.200,00 a participação da Previdência Social no pagamento da licença gestante, e que obrigaria, então, o empregador a responder, sozinho, pelo restante, teria como consequência necessária o desequilíbrio de gênero na ocupação de postos de trabalho. Mais uma vez através da técnica da interpretação conforme a Constituição, o Tribunal excluiu a hipótese da licença gestante da área de incidência do teto estabelecido. A decisão está assim ementada:

Se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora (*omissis*) Estará, ainda, conclamando o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00, para não ter de responder pela diferença (*omissis*) a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal³²¹.

³²⁰ Assim ementada a ADI 2652/DF, Rel. Ministro Maurício Corrêa, *DJ* de 14.11.2003.

³²¹ ADI 1946/DF, Rel. Ministro Sydney Sanches, *DJ* de 16.05.2003.

Caberia referir, por derradeiro, a decisão proferida na ADI-MC 2332/DF, de relatoria do Ministro Moreira Alves³²², quando o Tribunal proferiu decisão com efeitos próximos aos que a doutrina italiana atribui às decisões substitutivas³²³. Majoritariamente, o tribunal resolveu

deferir a medida liminar para suspender, no art. 15-A do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzido pelo art. 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, e suas sucessivas reedições, a eficácia da expressão “de até seis por cento ao ano” (*omissis*) para dar, ao final do caput do artigo 15-A, interpretação conforme à Carta da República, de que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença³²⁴.

O estudo simultâneo das jurisprudências dos dois Tribunais revela que os problemas que a *Corte costituzionale* sana, unilateralmente, com decisões aditivas *stricto sensu* são substancialmente idênticos aos que o Supremo Tribunal Federal resolve, também de forma autônoma, através de interpretação conforme a Constituição com eficácia aditiva. São técnicas decisórias distintas, mas com objetivos e efeitos materialmente iguais. Na sentença nº 385 de 2005, *v. g.*, a *Corte*, também confrontada por tema referente ao princípio da igualdade aplicado a questões de gênero, assentou a

ilegitimidade constitucional dos arts. 70 e 72 do decreto legislativo nº 151, de 26 de março de 2001, *na parte em que não preveem* o princípio que ao pai respeita perceber, alternativamente à mãe, a indenização de maternidade, atribuída apenas a essa³²⁵.

³²² Coerente com sua recusa geral e constante dos efeitos normativos em controle de constitucionalidade, o Ministro Moreira Alves ficou vencido na parte aditiva da decisão que destacamos agora, porém, por ter sido vencedor em outros vários pontos que o pedido de medida cautelar também atacava, restou-lhe a redação da ementa.

³²³ Definindo o papel das decisões substitutivas, escreveu Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 157-158: “sono utilizzate nelle ipotesi in cui la legge prevede qualcosa mentre, costituzionalmente, dovrebbe prevederne un’altra. In questa ipotesi, la corte usa dichiarare l’incostituzionalità delle legge in quanto (nella parte nei limiti in cui) contiene una certa prescrizione *anziché* un’altra. Siamo qui al punto massimo ipotizzabile di creatività di una decisione di incostituzionalità”.

³²⁴ ADI-MC 2332/DF, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ de 02.04.2004.

³²⁵ *Corte costituzionale*, Sent. 385/2005, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>, acesso em: 1.1.2009. Cf., ainda sobre o uso de decisões aditivas contra discriminações legislativas, a Sent. 144/1983, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>, acesso em: 10.02.2009, também da *Corte costituzionale*, contra lei que distinguia entre os filhos de cônjuges separados consensualmente, e os de casais separados litigiosamente, *in verbis*: “dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 156, sesto comma del Codice Civile, nella parte in cui non prevede che le disposizioni ivi contenute si applichino a favore dei figli

Reconhecendo a inevitabilidade dos efeitos aditivos em controle de constitucionalidade, o Ministro Gilmar Mendes, no voto que proferiu por ocasião do juízo de admissibilidade da ADPF-QO 54, ponderou:

Para os que ainda não se convenceram do cabimento da ADPF na espécie, há de se indagar: como agiria o Supremo Tribunal Federal se se deparasse com um *habeas corpus* em um caso como o presente? (*omissis*) Caso a criança não tivesse nascido, o Tribunal poderia escusar-se de julgar o *writ*? (*omissis*) Se o Tribunal autoriza, que norma permissiva ele estará a invocar para admitir a interrupção da gravidez? Com certeza, estará reconhecendo, em sede de *habeas corpus*, ainda que não o faça expressamente, uma nova causa de excludente da ilicitude implícita ao art. 128, ou a inaplicabilidade à espécie do art. 124, ambos do Código Penal (*omissis*) Não teria essa decisão o efeito de generalidade do entendimento perante o Poder Judiciário e, eventualmente, a Administração? A resposta há de ser afirmativa (*omissis*) Atualmente o Plenário está julgando o HC 82.959, sobre a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos, cuja decisão, certamente, ultrapassará os limites daquele caso concreto (*omissis*) O Plenário está julgando a RCL 2.391, sobre a exigência legal do recolhimento à prisão, cuja decisão igualmente terá efeitos além da situação específica. Se tal é possível em *habeas corpus*, em reclamação ou em outras ações individuais, por que não o será em ADPF?³²⁶.

O reconhecimento de um poder normativo com efeitos gerais ao Supremo Tribunal Federal torna-se manifesto ainda por outras duas razões. Em face da instituição da Súmula Vinculante, mas também, e principalmente, entendemo-lo expresso na gradual mudança de entendimento sobre os efeitos que podem advir de um eventual conhecimento e provimento em Mandado de Injunção. Nesse sentido, MI 283, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, *DJ* de 14.11.1991:

di coniugi consensualmente separati”. Outro direito fundamental garantido pela *Corte* italiana através de decisão aditiva foi o da ampla defesa no processo penal; cf., nesse sentido, a Sent. 190/1970, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>, acesso em: 3.1.2009, que facultou também aos advogados de defesa - e não apenas ao órgão persecutório como fazia a lei - o acesso ao interrogatório de seus clientes.

³²⁶ ADPF-QO 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 31.08.2007, pp. 170-171. Corroboram as palavras de Sua Excelência, as que escreveu *Giusi Sorrenti*, *L'interpretazione conforme a costituzione*, cit., pp. 278-9: “un elevato tasso di creatività nelle decisioni dei giudici trova pur sempre un fattore di compensazione nel ristretto ambito di applicazione della sentenza, circoscritto, dal punto di vista oggettivo, al singolo caso e, da quello soggettivo, alle sole parti del giudizio e in ciò, in definitiva, rinvia la sua giustificazione; mentre la Corte costituzionale opera su un piano pur sempre diverso, che per quanta (pur giusta) insistenza si faccia sul rilievo del ‘caso’ nei giudizi di costituzionalità, non potrà mai arrivare a combaciare del tutto con quello del singolo episodio della vita, ma sarà sempre più ampio rispetto ad esso”.

Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quando possível, a satisfação provisória do seu direito.

Também assim, o Acórdão exarado no MI 543, Rel. Ministro Octavio Gallotti, *DJ* de 24.05.2002.

O Tribunal decidiu assegurar, de plano, o direito à indenização, sem constituir em mora o Congresso Nacional, para, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, fixar o valor da indenização.

A Ementa do MI 712, Rel. Ministro Eros Grau, *DJ* de 25.10.2007:

Alteração de entendimento anterior quanto à substância do mandado de injunção. Prevalência do interesse social. Insubssistência do argumento segundo o qual dar-se-ia ofensa à independência e harmonia entre os Poderes. *Incumbe ao Poder Judiciário produzir a norma suficiente* para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos, consagrado no Art. 37, VII, da Constituição do Brasil. (Grifamos)

E, por fim, a decisão do MI 670:

Direito de greve dos servidores públicos civis. Hipótese de omissão legislativa inconstitucional, mora judicial, por diversas vezes, declarada pelo Plenário do STF. Riscos de consolidação de típica omissão judicial quanto à matéria. A experiência do direito comparado. Legitimidade de adoção de alternativas normativas e institucionais de superação da situação de omissão³²⁷.

4.2 Decisões com efeitos aditivos de despesa

Dentre as várias espécies de decisões manipulativas, aquelas em que a reconstrução normativa tem como efeito a criação de novos encargos para o Erário têm causado especial atrito entre a jurisdição constitucional e os poderes político-majoritários³²⁸. Em tais situações, as cortes dão provimento para declarar inconstitucional

³²⁷ MI 670, Rel. para Acórdão Ministro Gilmar Mendes, *DJ* de 25.10.2007, p. 2.

³²⁸ Acerca desse ponto, cf., Stelio Mangiameli, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, cit., item nº 8: “La tutela dei diritti costituzionali in questo contesto tende a diventare più complessa e la dottrina ha parlato, a tal riguardo, di diritti costituzionali condizionati, dal momento che l’opera del legislatore (e dell’amministrazione) non appare sostituibile dalla

lei ou ato que (na parte em que) desconsidera categorias de sujeitos de direitos com conteúdo patrimonial³²⁹.

A situação de desconforto institucional descrita resulta, sem desvios, da constitucionalização dos direitos sociais, ou direitos a prestações positivas devidas pelo Estado. O alargamento da matéria constitucional para acolher um compromisso direto com as condições materiais de vida da população encontra fundamento enquanto condicionante da democracia. Demonstra a consciência de que não só na garantia da liberdade está a possibilidade de participação na dialética político-pluralista, e que o ideal jogo entre maioria e minoria não pode transcorrer se a própria existência digna de parcela dos interessados resta ameaçada. O dissenso doutrinário e político em que está envolta a matéria permite, *mutatis mutandis*, novo paralelo entre as realidades brasileira e europeia.

No Brasil, parcela considerável da doutrina insurge-se contra o reconhecimento, por parte do Supremo Tribunal Federal³³⁰, de direitos subjetivos às prestações sociais cometidas ao Estado pela Constituição. Argumenta-se que a satisfação de direitos que tais, por sua dimensão econômica e exigências materiais que importam (estrutura física e pessoal), envolveriam escolhas políticas exclusivas dos órgãos eleitos através dos processos político-majoritários: “falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação de poderes”³³¹.

Com alguma nuance, também essa a reação de parte da doutrina europeia³³² diante de sentenças que levam ao incremento da despesa pública. Comuns são

pronuncia del giudice costituzionale e, per do più, la loro proclamazione importa oneri alla finanza pubblica, in quanto il loro effettivo godimento ha per conseguenza nuove spese a carico del bilancio dello Stato”.

³²⁹ Nesse sentido, a análise de Leopoldo Elia, *Comunicación oral*, cit., p. 470: “Podríamos añadir que el Tribunal, mediante la adopción de sentencias de carácter ‘aditivo’, ha logrado ampliar a aplicación de los derechos sociales, declarando no conforme a la Constitución aquella parte de las disposiciones en las que el legislador no había previsto, por ejemplo, la extensión de ciertos beneficios a otra categoría de sujetos que se encontraban en una situación igual o análoga. Estas sentencias, incluso cuando afectan a la Seguridad Social o a las pensiones de los jubilados, están motivadas, sin duda, en la violación del principio da igualdad, lo que no impide que su resultado más importante sea la concreción de los derechos sociales proclamados en el texto constitucional”.

³³⁰ Cf. nesse sentido, os Recursos Extraordinários n^{os}. 271.286, *DJ* de 24.11.2000 e 273.834, *DJ* de 02.02.2001, ambos da relatoria do Ministro Celso de Mello.

³³¹ Ingo Sarlet, *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*, *Interesse Público* 12:102, 2001.

³³² Para a doutrina alemã, cf., Christian Starck, *Creazione giudiziale del diritto rispetto alla formulazione del dispositivo (Tenorierung) e all’efficacia delle sentenze sul controllo di costituzionalità delle norme*, cit., item IV: “A me sembrano problematiche le sentenze additive, che implicano un aumento della spesa pubblica,

as que declaram a ilegitimidade constitucional de leis previdenciárias, dando-as por ofensivas ao princípio da igualdade e, via de regra, alargando a obrigação previdenciária do Estado para abarcar situações jurídico-subjetivas excluídas pela lei impugnada³³³.

Na Itália, Bognetti considerou que a *Corte* alargou, indevidamente, por meio de uma aplicação “generosa do princípio da igualdade e através de sentenças aditivas, o alcance de benefícios concedidos por leis previdenciárias e assistenciais, agravando o balanço do Estado sem preocupar-se com o prejuízo causado ao valor do art. 81”³³⁴ da Constituição italiana. Avançando Sorace para considerar que, se a sentença aditiva “tem a função de suplência quando em confronto com o trabalho do legislador, ela não subtrai-se ao âmbito do art. 81”³³⁵.

A despeito da crítica, entendemos que os argumentos que servem de supedâneo para as decisões com efeitos aditivos de despesa apresentam-se incontornáveis. A *Corte costituzionale*, na Sentença n. 455 de 1990, abordou o tema, para assentar que, de

poiché normalmente la violazione del principio di eguaglianza può essere ricomposta anche in maniera neutrale rispetto al profilo finanziario”.

³³³ Exemplo particularmente incisivo da espécie decisória em tela, ofereceu o Tribunal Constitucional espanhol, quando, por ocasião da sentença n. 103/1983, disponível em: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/jurisprudencia_constitucional.php, acesso em: 02.04.2009, estendeu aos cônjuges supérstites varões o pensionamento por morte que a lei previdenciária só reconhecia às viúvas. Embora cômico do enorme impacto que a sentença causaria no sistema previdenciário espanhol, impacto que o voto dissidente do Magistrado da Corte don Jerónimo Arozamena Sierra considerou verdadeira “revisión del sistema de seguridad social”, o Tribunal considerou que “sólo de este modo se consigue que los viudos de las trabajadoras afiliadas a la seguridad social tengan el derecho a la pensión en las mismas condiciones que los titulares del sexo femenino. Todo ello, naturalmente, ha de entender-se sin perjuicio de la potestad de los órganos de producción jurídica del Estado para articular un sistema diferente, siempre que en el mismo se respeten los principios y dictados de la Constitución y en especial el principio de igualdad”. Para a *Corte costituzionale* italiana, cf., v. g., as sentenças nos. 219/1975, 455/1990 e 447/2001, disponíveis em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>, acesso em: 5.4.2009. Acerca da ingerência judicial em questões que geram impacto orçamentário, comum no sistema francês, Jeanne Tillhet-Pretnar, *La jurisprudence et le droit de la Sécurité sociale*, in: *Mélanges offerts a Marcel Waline : le juge et le droit public*, Tome I, cit., p. 179, escreveu: « présomptions et interprétation large conduisent à la généralisation quasi complète de la protection sociale ».

³³⁴ Giovanni Bognetti, *Por una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione*, cit., p. 62. O referido art. 81 tem a seguinte redação: “Le Camere approvano ogni anno i bilanci e il rendiconto consultivo presentati dal Governo. Ogni altra legge che importi nuove spese deve indicare i mezzi per farvi fronte”.

³³⁵ D. Sorace, *Note in tema di sentenze de la Corte costituzionale che importano nuove o maggiori spese e articolo 81 C.*, apud, Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., p. 315. Cf., no mesmo sentido, Augusto Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 99: “La Corte non ha, invece, ritenuto che un limite alle sentenze additive possa derivare dal divieto di prevedere nuove spese senza indicare i mezzi di copertura, ai sensi dell’art. 81 Cost.”. Essa posição é convincentemente contraditada por Elena Malfatti, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 124-125.

fato, os direitos sociais devem ser entendidos como direitos constitucionais condicionados pela atuação que lhes dá o legislador ordinário. Compete-lhe, ressaltou a *Corte*, a ponderação do interesse tutelado em face de outros interesses constitucionalmente protegidos, tendo em conta o limite objetivo que encontra em relação aos recursos de que dispõe no momento. Isso não implica, obtemperou porém o Tribunal de Roma, “uma degradação da tutela primária assegurada pela Constituição a uma tutela puramente legislativa”, deixando assentado, igualmente, que tais direitos

comportam a atuação da tutela constitucional obrigatória, se bem que combinada com um balanceamento razoável com outros interesses ou bens que merecem também a tutela constitucional e com a possibilidade real e objetiva de dispor dos recursos necessários requeridos pela atuação em questão³³⁶.

Em suma, mesmo considerando o saneamento financeiro do Estado um valor a ser levado em conta, a *Corte* considerou tal valor um elemento a mais do conjunto influente no juízo sobre a questão, mas não o admite como limite à tutela dos direitos consagrados na Constituição. Em termos bastante similares, também o Supremo Tribunal Federal se postou pela “impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional”³³⁷, considerando que

o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado³³⁸.

³³⁶ *Corte costituzionale*, sent. n. 455/1990, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>, acesso em: 5.4.2009. Em sentido análogo, Victor Abramovich, *et al.*, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 134, ponderou que, não obstante a correção fática da relação entre o cumprimento dos direitos sociais e as condições econômicas, devemos cuidar para que a tese não se preste a “privar a los destinatarios del derecho de herramientas judiciales de evaluación de la efectiva adopción de medidas por parte del Estado: gradualidad no significa sometimiento absoluto del cumplimiento de la obligación a la determinación arbitraria del propio Estado”.

³³⁷ RE 271.286, Rel. Ministro Celso de Mello, *DJ* de 24.11.2000, p. 1418.

³³⁸ RE 271.286, Rel. Ministro Celso de Mello, *DJ* de 24.11.2000, pp. 1419-1420. Cf., ainda, no mesmo julgado, o voto do Ministro Marco Aurélio, p. 1427: “Reclama-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem”. De fato, poderíamos avançar para reconhecer, *in*

A superação da cultura que entendia absoluta a discricionariedade do legislador sobre os direitos sociais, consubstanciada na tese da reserva parlamentar em matéria orçamentária, apresenta-se compreensível e teoricamente aceitável desde que, mais uma vez, integremos ao raciocínio os dados da rigidez e normatividade dos direitos fundamentais e do caráter contramajoritário que essa rigidez empresta ao sistema político. Respondendo ao dilargado clamor por um *self restraint* especialmente rígido em tal matéria, Soto sentenciou:

São o Legislador e o Governo os que devem buscar soluções a respeito dos efeitos das leis inconstitucionais que estiveram operando (*omissis*) Parece claro que a excessiva convivência entre Legislador e Juiz Constitucional pode produzir situações graves. Se permite a atuação de uma lei inconstitucional durante um período de tempo amplo regulando uma multiplicidade de relações jurídicas que não podem ser restauradas. É claro que os interesses do Constitucional assim como seus fins não devem coincidir plenamente com os do Legislador, a colaboração entre ambos não deve ser tão estreita que desvirtue a função e atividade do primeiro³³⁹.

Os direitos sociais não escaparam, a nosso sentir, ao processo geral de ganho de força normativa que perpassa toda a dinâmica constitucional contemporânea. Ao contrário, parece-nos correta a percepção de que “movimentar impostos e gastos sob um regime de implementação judicialmente forçada de direitos” representa uma “alteração fundamental da natureza do governo democrático”³⁴⁰. O problema da tutela dos direitos sociais, por conseguinte, não seria tanto de legitimidade da jurisdição constitucional para garanti-los, mas, ao contrário, consistiria em saber, em cada caso, qual a espécie de provimento adequado a salvaguardá-los. Cerri logrou dar margens precisas à essa problemática:

Verdade é que a proclamação dos direitos sociais apresenta problemas de efetividade e exigibilidade: não porque a pressuposição de estrutura adequada não esteja na raiz mesmo da tradicional ‘liberdade civil’ mas,

genere, a competência do Poder Judiciário para decidir se tal e qual política pública está dentro do espaço deixado à discricionariedade do Poder político-majoritário (Legislativo ou Executivo).

³³⁹ M^a Blasco Soto, *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, cit., p. 338.

³⁴⁰ Martin Shapiro, *et al.*, *On law, politics & judicialization*, cit., p. 181. A opinião de Shapiro é contraditada, nos Estados Unidos, por Mark Tushnet, *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, cit., p. xi: “judicial enforcement of social welfare rights is particularly intrusive on legislative-and therefore democratic-choice because enforcing social and economic rights typically has substantially larger implications for a government’s budgets than enforcing first-generation rights does”.

essencialmente, pelo fato de que essa estrutura de apoio só em pequena medida pode ser fruto de elaboração jurisprudencial³⁴¹.

4.3 Decisões manipulativas em matéria penal

As técnicas unilaterais de supressão da inconstitucionalidade, a exemplo do que acontece em matéria prestacional/orçamentária, enfrentam redobradas resistências quando a norma acoimada inconstitucional possui natureza penal. Dois argumentos são aduzidos para barrar a prática decisória manipulativa no âmbito criminal: a competência exclusiva do legislador em matéria de crime e pena e a especial rigidez com que incide, na matéria, o princípio da legalidade. Contudo, questões como, *v. g.*, o controle de constitucionalidade da legislação penal pré-constitucional – autoritária inclusive, em casos como o italiano e o brasileiro³⁴² – podem levar a jurisdição constitucional, premida pela obrigação de sustentar a higidez dos direitos fundamentais, a prolatar decisões com efeitos aditivos também em matéria criminal.

Em tantas oportunidades exigiu-se da *Corte* italiana que resolvesse questões desse jaez que, no interior de sua jurisprudência, as teses da admissibilidade e inadmissibilidade das decisões manipulativas em matéria criminal lograram inscrever um processo dialético, consubstanciado em numerosos julgados em ambas as direções. Antes, porém, de analisar a rica jurisprudência do Tribunal de Roma, e com o intuito de destacar a atualidade e importância do problema em tela, alguns parágrafos serão dedicados ao julgamento da admissibilidade da ADPF-54 (caso dos anencéfalos), ocasião em que o Supremo Tribunal Federal debateu a matéria.

4.3.1 ADPF-54: o problema posto entre nós

Em tela, a discussão travada na Questão de Ordem, suscitada pelo Procurador-Geral da República, acerca da admissibilidade da ADPF 54. O pedido veiculado na ação justifica-se, quanto a sua admissão, por entender a Arguente que a

³⁴¹ Augusto Cerri, *Concezioni proceduralistiche e concezioni sostanzialistiche della Costituzione nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, cit., item 1.3. No mesmo sentido, Gilmar Mendes, *A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no direito brasileiro*, cit., p. 15: “Portanto, a principal problemática da omissão do legislador situa-se menos na necessidade da instituição de determinados processos para o controle da omissão legislativa do que no desenvolvimento de fórmulas que permitam superar, de modo satisfatório, o estado de inconstitucionalidade”.

³⁴² A ADPF-54, a nosso sentir, serve como exemplo desse processo, que tenderá a multiplicar-se entre nós graças a competência introduzida pelo inc. I do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882/99.

eficácia da decisão será apenas declaratória da atipicidade da conduta face aos dispositivos incriminadores atacados, vedando a interpretação da interrupção terapêutica nos casos de feto com anencefalia comprovada como uma espécie de aborto³⁴³.

De início, deve-se destacar que resta do conjunto da dissensão³⁴⁴ uma recusa da premissa de mérito, a saber, que não se trata, na hipótese em tela, de aborto, mas de antecipação terapêutica do parto. Essa tese, que se poderia chamar de tese da atipicidade livraria o Tribunal de questões técnico-decisórias desconfortáveis, ao mesmo tempo em que o mergulharia na tarefa de definir, entre os fetos vivos, os que merecem a tutela penal. Ao contrário, se está correta a dissensão, e se estamos diante da inserção de uma nova exculpante (ou, numa outra solução - embora também portadora de efeitos aditivos - diante da extensão interpretativa de exculpante já existente, a do art. 128, inc. II do Código Penal³⁴⁵), a *rátio dissidendi* seria menos a condição objetiva do feto, atentando-se, em primeiro plano, para a dignidade e saúde psíquica da mulher gestante.

Importa-nos, aqui, focar a tese comum aos votos vencidos, pois consideraram Suas Excelências que a pretensão à declaração de atipicidade da conduta, em verdade, traz em seu bojo, como principal efeito normativo, a inclusão de uma nova exculpante para o crime de aborto, aditando o art. 128 do Código Penal, em clara invasão da esfera de conformação legislativa pelo Supremo Tribunal Federal³⁴⁶. Em suma: a

³⁴³ A pretensão da Arguente foi assim exposta por Seu Patrono: “Que essa Eg. Corte, procedendo à interpretação conforme à Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40), declare inconstitucional a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante a se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado”, *in*: ADPF-QO 54, Petição Inicial, Rel. Ministro Marco Aurélio, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&sl=54&processo=54>, acesso em 29.03.2009, p. 23. Segundo a fundamentação da exordial, a interpretação atacada feria os seguintes dispositivos constitucionais: Art. 1º, inc. IV (dignidade da pessoa humana); Art. 5º, inc. II (legalidade), Art. 6º, *caput* e, finalmente, o Art. 96 (saúde).

³⁴⁴ Embora tenham restado vencidos, a Ministra Ellen Gracie e os Ministros César Peluso, Carlos Velloso e Eros Grau confluem, por suas razões de decidir. Todos julgando estar o tribunal diante de uma ação que visa efeitos aditivos em matéria penal. Dos votos vencedores, apenas no do Ministro Gilmar Mendes há a admissibilidade de tais efeitos. O Ministro Joaquim Barbosa julgou que tal discussão não dizia com a admissibilidade e reservou-se o tratá-la quando do julgamento de mérito. Os Ministros Carlos Brito, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence entendem não estar envolvida questão de adição jurisprudencial. O Relator, Ministro Marco Aurélio, não se manifestou sobre o ponto aqui em discussão.

³⁴⁵ Cf., assim, o voto do Ministro Carlos Brito, especialmente os itens 20 a 24 da fundamentação, *in*: ADPF-QO 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 31.08.2007, pp. 125-129.

³⁴⁶ Nesse sentido, o voto do Ministro César Peluso, *in*: ADPF-QO 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 31.08.2007, p. 154: “No fundo se trata – e nisso não há dúvida alguma – de criar, à margem da interpretação das normas de caráter penal, mais uma excludente de ilicitude, e neste ponto gostaria de fazer a seguinte

dissidência julgou que o pedido, para ser provido, exige do Tribunal a prolação de uma decisão com conteúdo aditivo e eficácia vinculante *erga omnes* – na prática, uma normatividade geral de cunho jurisprudencial que, então, refutaram em bloco.

Mesmo antes da apreciação da Questão de Ordem, o Ministro Eros Grau inaugurou a dissensão e grifou o problema, ou seja, o fato de que a liminar “satisfativa” deferida – e, logo, uma eventual decisão de mérito favorável à Arguente – teve o efeito de, por quatro meses, “como se a lei tivesse sido reescrita, como se o Código Penal tivesse sido reescrito pela Corte, como legislador positivo”, permitir “uma terceira modalidade de aborto”³⁴⁷.

Foi a Ministra Ellen Gracie, não obstante as manifestações de seus colegas também vencidos pela admissão da Arguição, quem deu forma mais alargada à dissensão. Lembrou Sua Excelência que “a tal prática (decisões com efeitos aditivos) o Tribunal se tem recusado nas demais formas de controle”, obtemperando que

o objeto da ação é o de acrescentar conteúdos à norma vigente. Ora, a jurisdição constitucional é normalmente convocada para expungir do ordenamento normas que estejam em descompasso com a Constituição, não para oferecer acréscimos ao ordenamento positivo em usurpação à competência dos outros dois poderes. Circunstâncias há, porém, em que as disposições de inconstitucionalidade tornam necessário o preenchimento de lacunas criadas pela própria decisão, por isso, fala-se em efeitos aditivos que podem ter as sentenças dos Tribunais Constitucionais. São decorrência, são efeitos periféricos ou colaterais de decisões preponderantemente ablativas e que, ao declararem uma inconstitucionalidade, invalidam a situação de segurança jurídica que se baseara na presunção de legitimidade da norma ou ato administrativo, com base nas quais muitas relações se terão desenvolvido. Consciente dessa realidade, o Tribunal Constitucional então adota as medidas necessárias a evitar oneração excessiva a todos quantos de boa-fé regeram sua atuação pelo diploma ou ato viciado. Não conheço, porém, exemplo de jurisdição constitucional em sistema de direito codificado (*Civil Law*) que seja provocada para atitude exclusivamente criadora de direito, como se vê no caso presente³⁴⁸.

observação: essa tarefa é própria de outra instância, não desta Corte, que já as tem outras e gravíssimas, porque o foro adequado da questão é do Legislativo, que deve ser o intérprete dos valores culturais determinantes da edição de normas jurídicas. É no Congresso Nacional que se deve debater se a chamada ‘antecipação de parto’, neste caso, deve ser, ou não, considerada excludente de ilicitude.”

³⁴⁷ ADPF-QO 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 31.08.2007, p. 85. No mesmo sentido, votou o Ministro Carlos Velloso, p. 214: “Pretende-se, mediante interpretação da lei penal conforme a Constituição, instituir uma terceira excludente de criminalidade relativamente ao crime de aborto. O que se pretende, portanto, é que o Supremo Tribunal Federal inove no mundo jurídico. E inove mediante interpretação”.

³⁴⁸ ADPF-QO 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 31.08.2007, pp. 196-197.

E marcando a leitura acerca da separação de poderes, comum a todos os votos dissidentes, concluiu:

A esse propósito, é preciso também registrar que inúmeras são as iniciativas parlamentares tendentes a alargar as excludentes de ilicitude da prática de abortamento. Sete projetos encontram-se em tramitação conjunta nas casas legislativas, um deles foi arquivado no Senado em 21.10.04 e outro, em regime de tramitação ordinária, aguarda parecer. Por isso, “não há como deixar de conferir à pretensão da autora o intuito de ver instituído, por meio de decisão judicial, em controle concentrado de constitucionalidade, aquilo que o legislador, até hoje, não concedeu”³⁴⁹.

4.3.2 Reserva de lei, princípio da legalidade em matéria penal e rigidez dos direitos fundamentais

Concordamos com os votos dissidentes quando destacam os efeitos aditivos concretos que, necessariamente, advirão de uma possível decisão de procedência da ADPF-54. Não obstante, a recusa absoluta ao cabimento da técnica decisória manipulativa em matéria penal não parece consentânea, *data vénia*, nem com a prática jurisprudencial comparada, nem com a flexibilidade decisória requerida pela diversidade das situações em que os direitos fundamentais soam ser violados pela lei, ou por sua atuação judicial ordinária.

Parece-nos particularmente contrário à natureza contramajoritária da jurisdição constitucional, o argumento segundo o qual, em linhas gerais, a minoria não pode conseguir no Tribunal o que não conseguiu no Parlamento. Essa forma de encarar as relações entre os Poderes dentro de um Estado Constitucional poderá afirmar-se, não duvidamos, enquanto uma escolha jurídico-política, mas de forma alguma responde como algo ínsito à jurisdição constitucional. Ao contrário, dá-nos notícia Cox que, sob a Corte de Warren, não era incomum que “perdedores no processo político usassem a litigância constitucional como um instrumento criador de políticas sociais”³⁵⁰.

³⁴⁹ ADPF-QO 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJ de 31.08.2007, p. 195.

³⁵⁰ Archibald Cox, *The role of the Supreme Court in american government*, cit., p. 102. No mesmo sentido, Marie-Claire Ponthoreau, *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française : essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, cit., p. 76 : « Les débats à l'Assemblée nationale se sont énormément 'juridicisés'. Quasi systématiquement, l'opposition parlementaires doulevait l'exception d'irrecevabilité des projets de loi qui est une motion de procédure dont l'objet est de suspendre le débats sur les textes de loi en arguant de leur inconstitutionnalité ed d'empêcher que aussi pour objectif de retarder l'examen du texte (*omissis*) L'opposition voulait continuer, sur un terrain juridique, la bataille qu'elle vaint perdue sur plan politique. Le Conseil constitutionnel s'est retrouvé dans une situation d'arbitre politique qui n'est pas la siene ».

A produção legislativa em matéria penal pode servir como veículo para a discriminação e a desproporção, para a compressão da minoria pela maioria, ou do indivíduo pela sociedade sequiosa de proteção. Daí porque, referindo-se à Itália, Sorrenti atestou o fato de que as “decisões interpretativas de rejeição”, no direito penal, são conduzidas “sob a luz do cânone da razoabilidade”³⁵¹. A exigência de extrema racionalidade que a Constituição veicula em relação à matéria criminal não realiza-se apenas no processo legislativo, lhe é anterior e transcendente, e submete-se (como, de resto, todo o direito público) ao princípio da proporcionalidade. A discricionariedade legislativa em matéria penal encontra limites nos valores constitucionais, não apenas nos valores de previsibilidade e anterioridade da lei penal, mas em todo o conjunto valorativo conformador do Estado. Poder-se-ia, v. g., avançar para negar legitimidade constitucional à incriminação que, mesmo presumivelmente apta a alcançar a finalidade preventiva mirada pelo Estado legislador, produzisse, através da pena, dano a direito fundamental, desproporcional quando comparado com a vantagem obtida com o instrumento criminal de tutela de outro bem. A mesma ilegitimidade poderia resultar da desatenção ao princípio da subsidiariedade da tutela penal, que deve ser utilizada pelo legislador sob a lógica da extrema *ratio*. Nesse ponto, na verdade, o tema das técnicas decisórias em controle de constitucionalidade da lei penal faz fronteira com outro, quicá mais delicado, o do abuso de poder legislativo.

Por fim, existe o problema do direito penal pré-constitucional, muito mais suscetível de sofrer um processo de inconstitucionalização, também passível de ser sanado através de decisões aditivas, pelo que torna-se pertinente lembrar a opinião do Ministro Sepúlveda Pertence:

O eminente Min. Carlos Velloso, citando Moreira Alves, adverte que não pode a interpretação conforme alterar o sentido da lei; é certo (*omissis*) De qualquer modo, essa asserção que o Min. Carlos Velloso alicerça no mestre Moreira Alves há de ser colhida *cum grano salis*, se se cuida, como aqui se trata, de texto legal pré-constitucional³⁵².

³⁵¹ Giusi Sorrenti, *L'interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 261.

³⁵² ADPF-QO 54, Rel. Ministro Marco Aurélio, *DJ* de 31.08.2007, p. 210. O paralelo com o sistema italiano não requer esforço, cf., para tanto, Markus Beilfuss, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, cit., p. 166: “El paradigma más claro en este sentido lo constituye, sin duda, el caso italiano, donde la llamada inercia del legislador ya provocó que en sus primeros años de actividad la Corte Constitucional asumiese una importante función de *suplencia* frente a la pasividad del legislador para reformar las leyes del régimen fascista”.

Sobre a admissibilidade das decisões manipulativas em matéria criminal, também controvertem a doutrina e a jurisprudência estrangeiras. Assim, ao menos, a situação que encontramos em alguns países europeus. Exemplo do dissenso espanhol acerca da matéria, oferecem Llorente e Camazano. O primeiro foi categórico:

Questão distinta é a que se refere à interpretação conforme de normas penais e, em geral, sancionatórias, âmbito em que os imperativos da *lex certa* e da necessária retroação do pronunciamento estimatório *in bonus* devem levar à redução, ou mesmo à supressão, do recurso a decisões interpretativas em favor da estrita declaração de inconstitucionalidade com a conseqüente nulidade³⁵³.

Camazano, lembrando que o próprio Tribunal espanhol já havia feito uso de interpretações conformadoras de tipos penais³⁵⁴, considerou que “não se pode excluir, de modo absoluto, a possibilidade de sentenças interpretativas no âmbito penal, se bem” - e aqui estabeleceu o limite que lhe pareceu adequado -, “que há fazer-se uso especialmente prudente de tais pronunciamentos e, desde logo, nunca *contra cives*, o que veda toda interpretação expansiva ou analógica”³⁵⁵.

Na Itália, a situação não é distinta. Por vezes, afirma-se estarem vedadas as sentenças manipulativas “em tema de norma incriminadora e punitiva, face à

³⁵³ Rubio Llorente, *et al.*, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, cit., p. 132.

³⁵⁴ A esse respeito, cf. a STC 111/1993, do Tribunal Constitucional espanhol, disponível em: http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1993-0111, acesso em 02.04.2009, que deu provimento ao recurso de amparo contra condenação baseada em uma lei penal considerada ofensiva ao princípio da *ultima ratio* em matéria penal: “3. Según hemos afirmado (SSTC 75/1984, fundamento jurídico 3), ‘una aplicación defectuosa de la Ley penal puede implicar, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucionalmente garantizado, protegido mediante el recurso de amparo. Cuando se alega tal cosa, como en el presente caso ocurre, este Tribunal ha de analizar, desde el punto de vista del derecho constitucionalmente garantizado, la interpretación y aplicación que el Juez ordinario ha hecho de la norma penal’ [F.J. 5]. 4. El principio de legalidad en el ámbito del Derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: la existencia de una Ley («lex scripta»); que la Ley sea anterior al hecho sancionado («lex praevia»), y que la Ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado («lex certa»); lo que significa la prohibición de extensión analógica del Derecho penal al resolver sobre los límites de la interpretación de los preceptos legales del Código Penal (SSTC 89/1983, 75/1984, 159/1986, 33/1987 y 199/1987, entre otras). Por otra parte, este Tribunal (SSTC 62/1982 y 53/1985) ha considerado que la cuestión de la determinación estricta o precisa de la Ley penal se encuentra vinculada con el alcance del principio de legalidad [F.J. 6] (*omissis*) 10. Ningún interés público esencial se advierte en la exigencia de un título para la intermediación en el mercado inmobiliario que no responda sino a intereses privados o colegiales, legítimos y respetables, pero insuficientes por sí solos para justificar la amenaza de una sanción penal como la aquí aplicada. Incurriendo, así, en una vulneración del principio de proporcionalidad entre el injusto y la pena que es inherente a un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución configura (art. 1.1 C.E.)”.

³⁵⁵ Joaquín Camazano, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, cit., p. 386.

rigorosíssima reserva de lei do art. 25, parágrafo 2º da Constituição italiana”³⁵⁶. A tese do não cabimento de decisões manipulativas em matéria penal conta com vários julgados da *Corte costituzionale* a emprestar-lhe supedâneo³⁵⁷. Na Sent. nº. 42/1977, v. g., o Tribunal de Roma definiu a matéria como “eminente política”, pelo que restaria “excluída qualquer possibilidade de intervenção através de sentenças consideradas aditivas”³⁵⁸. Em tais situações, a questão de inconstitucionalidade era rejeitada como “manifestamente inadmissível”, sempre ao argumento de que “não é dado ao juiz constitucional pronunciar decisões das quais se possa derivar a criação – exclusivamente reservada ao legislador – de uma nova disposição penal”³⁵⁹.

Contra a tese da reserva de lei e reserva de parlamento em matéria penal, parte da doutrina opôs consideráveis argumentos. Já se disse, a esse respeito, que a aceitação da tese comportaria a necessidade de estendê-la a todas as matérias que a Constituição reserva ao legislador³⁶⁰. Soma-se a isso a ponderação de Beilfuss, para quem, “enquanto limite funcional das sentenças constitucionais”, o raciocínio a partir da figura da reserva de lei “deve sujeitar-se, em cada caso, à existência de uma verdadeira liberdade de configuração por parte do legislador para reparar a inconstitucionalidade”³⁶¹.

Ademais, esse entendimento jurisprudencial nunca logrou, ao contrário do que afirmam alguns autores³⁶², firmar-se em uma jurisprudência pacífica³⁶³. Diante da incerteza jurisprudencial, a doutrina avançou para, considerando superada a questão da admissibilidade, definir os limites que decisões com tal perfil deviam observar na seara

³⁵⁶ Augusto Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 99. No mesmo sentido, Pasquale Costanzo, *Legislature e Corte costituzionale: uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, cit., item nº. 6.

³⁵⁷ Cf., exemplificativamente, as sentenças de números: 188, 193 e 212/1993 e 260/1994, disponíveis em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em: 02.10.2008.

³⁵⁸ Sentença nº. 42/1977, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008.

³⁵⁹ Sentença nº. 146/1993, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008.

³⁶⁰ Elena Malfatti, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 124.

³⁶¹ Markus Beilfuss, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, cit., p. 75.

³⁶² Augusto Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 98, por exemplo, afirmou a jurisprudência pela inadmissibilidade das decisões manipulativas em matéria criminal como “costante, a partire dalla sent. 42/1977”.

³⁶³ Para cada decisão afirmando a inadmissibilidade de decisões aditivas ou manipulativas em matéria penal, existe outra aditando o arcabouço persecutório; cf., exemplificativamente, as sentenças nºs. 31/1969, 108 e 218/1974, 27/1975, 139 e 409/1989, 254/1994, 61/1995 e 145/2002.

criminal. Agnoletto, *v. g.*, opinou que o respeito à reserva de lei “não exclui a decisão manipulativa *in bonam partem*, que tenha efeito restritivo da aplicação da norma penal”³⁶⁴.

A análise do conjunto formado pelas decisões de perfil manipulativo proferidas pela *Corte* italiana interessa, não apenas como indiciário do cabimento da modalidade decisória também em matéria de crime e pena, como uma fonte de critérios aos quais a jurisdição constitucional deve submeter a legislação criminal.

Em 1974, por ocasião da prolação da sent. n.º. 218 daquele ano judiciário, e após destacar a impropriedade do provimento jurisdicional para “estatuir comportamentos que devam ser punidos e qual deva ser a qualidade e a medida da pena”, a *Corte* traçou linhas claras para a discricionariedade legislativa na matéria: “desde que esse poder contenha-se nos limites da racionalidade”, julgando, na espécie que lhe era submetida então, que o legislador havia “excedido tal limite, ausente qualquer elemento lógico que pudesse desdobrar-se em fundamento jurídico e racional de uma normatividade como a impugnada”³⁶⁵.

A análise tipológica do conjunto de decisões manipulativas proferidas em matéria criminal pela *Corte* parece indicar a prevalência de decisões aditivas e substitutivas, embora presentes também as decisões de nulidade parcial com efeitos aditivos. Extraíndo ainda um outro resultado da sobredita análise, há indícios de que as sentenças aditivas são usualmente utilizadas para restringir o âmbito de incidência de uma norma penal incriminadora ou alargar o de um enunciado exculpante, enquanto as decisões substitutivas são eleitas quando se trata de corrigir a inconstitucionalidade na fixação de penas, realizando literal controle da razoabilidade constitucional do dispositivo cominatório.

Da primeira espécie, ou seja, decisões aditivas, são exemplos as sentenças 108/1974, 27/1975 e 61/1995. No julgado mais antigo, a *Corte* considerou o art. 415 do Código Penal italiano “ilegítimo constitucionalmente, *na parte em que não especifica*” que a instigação a luta de classes, para ser considerada crime, “deve ser exercida de modo

³⁶⁴ Chiara Agnoletto, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale sugli atti amministrativi e processuali penali*, cit., item 3.2.

³⁶⁵ Sentença n.º. 218/1974, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008.

perigoso para a tranquilidade pública”³⁶⁶. Na decisão de 1995, novamente a Corte de Roma avançou em matéria penal, para declarar a ilegitimidade constitucional do art. 39 do Código Penal Militar, “*na parte em que não exclui da inescusabilidade da ignorância de dever inerente ao estado militar, a ignorância inevitável*”³⁶⁷.

Dentre as decisões aditivas *stricto sensu*, importa-nos, sobretudo, a sentença 27/1975, por versar problemas, tanto processuais como de mérito, em vários pontos similares aos que ocupam o Supremo Tribunal Federal na ADPF-54³⁶⁸. Na ocasião submeteu-se à *Corte* italiana incidente acerca da inconstitucionalidade do art. 546 do Código Penal, *na parte em que punia quem praticava o aborto em hipóteses nas quais, embora não estivesse a mãe sob perigo atual de morte configurador do estado de necessidade, a gravidez fosse atestadamente comprometedora do bem-estar físico e do equilíbrio psíquico da gestante*. O Tribunal considerou, então, que o interesse protegido constitucionalmente relativo ao feto poder-se-ia chocar, em algumas circunstâncias, com outros interesses igualmente dignos do ponto de vista constitucional. E que, por isso, a “lei não pode dar ao primeiro prevalência total e absoluta, negando aos outros a adequada proteção. E é justo esse vício de legitimidade constitucional que invalida a atual disciplina penal do aborto”. Considerou a *Corte*, ainda, que o dispositivo genérico do aborto necessário não cobria a hipótese, pois o dano físico e psíquico da gestante pode ser previsível, sem ser imediato. Sentenciou, então, que a declaração de ilegitimidade do art. 546 apresentava-se inevitável, lavrando dispositivo no sentido de declarar a inconstitucionalidade do dispositivo penal atacado, “*na parte em que não prevê que a*

³⁶⁶ Sentença n.º 108/1974, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008. Grifamos.

³⁶⁷ Sentença n.º 61/1995, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008. Grifamos. Essa decisão também nos parece importante por um outro motivo, nela vemos confirmada a tese que liga o cabimento das decisões aditivas ao controle do direito pré-constitucional. Entre as razões de decidir da Corte, está a seguinte: “questa Corte non mancò di rilevare come l'interpretazione dell'art. 39 c.p.m.p. quale limite all'efficacia scusante dell'errore su legge extra penale, pur se, ‘certamente rispondente alla ideologia degli autori del codice’, non potesse ritenersi più giustificabile, “sia perché contraria ai principi fondamentali del diritto penale (che sono principi di civiltà), sia perché nel nuovo ordinamento democratico, anche militare, quei principi sono collegati all'ispirazione di fondo della Costituzione che rende ormai anacronistica quella interpretazione”.

³⁶⁸ Lá, como aqui, o que se pretendia conseguir era o estabelecimento de uma hipótese exculpante da prática, típica, da interrupção mecânica da gravidez. Lá, como aqui, o parâmetro constitucional envolvia o direito a saúde e a dignidade da pessoa humana.

gravidez possa ser interrompida quando a continuação da gestação implique dano, ou perigo, grave, atestado por médico, para a saúde da mãe”³⁶⁹.

Como exemplos de decisões substitutivas que têm como meta a supressão de situações de inconstitucionalidade criadas através da fixação de penas, poderíamos referir as sentenças 409/1989 e 145/2002. Na decisão mais recente, a Corte houve por bem redefinir o tempo de duração de um efeito secundário da condenação criminal. O dispositivo declarou a ilegitimidade constitucional da disposição impugnada “na parte em que dispõe que a suspensão perde a eficácia decorrido um período de tempo igual àquele da prescrição do crime”, afirmando que era possível “extrair do sistema uma previsão de duração máxima da mesma cautelar suspensiva, aquela de cinco anos”³⁷⁰. Na sent. 409/1989, a *Corte* ofereceu supedâneo para o que poderia ser denominado controle de constitucionalidade da proporcionalidade da pena, método afeito ao controle do abuso de poder legislativo em matéria penal, a ser instrumentalizado através de decisões de perfil manipulativo:

Esta Corte já observou outras vezes que o princípio da igualdade exige que a pena seja proporcional ao desvalor do fato ilícito punido³⁷¹, afim de que o sistema sancionatório atenda, ao mesmo tempo, à função de defesa social e àquela de tutela das posições individuais; e aduziu ainda que a valoração, quando oportuno, entra no âmbito de discricionariedade do legislador, cujo exercício pode ser censurado somente nos casos em que não se tenha respeitado o limite da razoabilidade. A sanção de reclusão de dois a quatro anos, cominada pelo segundo parágrafo do art. 8º da lei em exame, para o delito ali previsto, resulta, tendo em conta a disciplina sancionatória do artigo 151 do Código Penal Militar, manifestamente irrazoável (*omissis*) Por esses motivos, A Corte Constitucional, reunidos os juízes, declara a ilegitimidade constitucional do art. 8º, parágrafo 2º, da Lei de 15 de dezembro de 1972, n. 772, na parte em que determina a pena cominada no patamar mínimo de dois anos *ao invés de* seis meses e no patamar máximo de quatro anos *ao invés de* dois anos³⁷².

A questão das decisões com efeitos aditivos em matéria penal tem sua complexidade exacerbada quando tais efeitos surgem de uma decisão de provimento

³⁶⁹ Sentença n.º. 27/1975, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008. Grifamos.

³⁷⁰ Sentença n.º. 145/2002, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008.

³⁷¹ Cf., no mesmo sentido, as sentenças n.ºs. 26/1979, 72/1980, 103/1982 e 49/1989, disponíveis em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008.

³⁷² Sentença n.º. 409/1989, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008. Grifamos.

(nulidade) parcial. Aqui, não só a admissibilidade ou os limites, mas a própria natureza aditiva da decisão é controvertida. Aduzindo que, ao contrário da modalidade aditiva *stricto sensu*, a de provimento parcial não introduz nada (se limitando a excluir a responsabilidade penal), autores há que estremam os dois tipos de decisão. Zagrebelsky, embora reconheça a possibilidade de surgirem efeitos positivos de provimentos nulificadores, afirmou que o argumento da reserva de lei parece não conferir com a decisão de acolhimento parcial, e que o princípio da exclusividade legislativa em matéria penal

deve ser sempre conciliado com o limite constitucional a cujo respeito são destinadas as intervenções da corte constitucional. Por conseguinte, na hipótese³⁷³, a disciplina da prática contra a procriação não deve ser reconstruída como a soma de tal artigo de lei mais a sentença n. 27/1975 da corte constitucional, mas como a soma de tal artigo de lei com o limite (negativo) imposto pelo princípio constitucional (feito valer concretamente pela sentença da corte constitucional). Não parece, portanto, que o reclamo à reserva de lei possa valer como argumento contra a sentença de acolhimento parcial – que tem como seu elemento definidor o alcance apenas negativo. Diversa conclusão deve, ao contrário, valer para a sentença de acolhimento com valor positivo ou paralegislativo³⁷⁴.

A relativa dicotomia estabelecida entre as decisões de acolhimento parcial e as decisões aditivas - embora a consideremos incapaz de obliterar a eficácia aditiva de muitas decisões que declaram a nulidade de parte do dispositivo, ou de um grupo de suas interpretações possíveis - pode explicar a sent. n.º. 440/1995 da Corte romana, relatada pelo próprio Zagrebelsky, ocasião em que foi declarado parcialmente nulo o art. 724 do Código Penal italiano³⁷⁵. A decisão em questão, que provocou dissenso mesmo entre os especialistas que buscaram definir sua tipologia e significado³⁷⁶, avulta em importância por mais de uma razão.

³⁷³ Zagrebelsky refere-se à decisão 27/1975, que comentamos pouco acima, referente ao alargamento das hipóteses de exclusão da ilicitude no crime de aborto.

³⁷⁴ Gustavo Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 165.

³⁷⁵ Codice Penale, Art. 724 Bestemmia e manifestazioni oltraggiose verso i defunti. Chiunque pubblicamente bestemmia, con invettive o parole oltraggiose, contro la Divinità ~~o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato~~, è punito con l'ammenda da lire ventimila a seicentomila. (1). Alla stessa pena soggiace chi compie qualsiasi pubblica manifestazione oltraggiosa verso i defunti. (*La Corte costituzionale, con sentenza n. 440 del 18 ottobre 1995, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma limitatamente alle parole "o i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato"*).

³⁷⁶ Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., pp.294-295, considerou que a sent. n.º. 440/1995 serve como indício de que “el artículo 25 de la Constitución italiana y el principio de legalidad penal impedirán a la Corte tanto crear, reproducir o ampliar tipos penales, como agravar las penas previstas en la ley (*omissis*) no tanto por le existencia de una expresa reserva de ley, como por el peculiar significado y función del principio de legalidad penal. Tal principio comportaría unas peculiares exigencias de certeza en la

De início, cumpre referir que a sent. 440/1995 é a última de uma longa série de decisões que foram prolatadas acerca do mesmo art. 724 do Código Penal italiano. Depois de buscar uma justificativa prática para a inconstitucionalidade discriminatória evidente no artigo atacado³⁷⁷, a Corte, por ocasião da sent. n.º. 14/1973, emitiu reclamo por uma plena atuação do “princípio constitucional da liberdade de religião”. Assentou, então, que o legislador deveria “promover uma revisão da norma, no sentido de estender a tutela penal contra a ofensa ao sentimento religioso de indivíduos pertencentes a confissões religiosas diversas da católica”³⁷⁸. A atitude de *self restraint* da Corte apenas conseguiu fazer perdurar a situação de inconstitucionalidade por discriminação legislativa por mais duas décadas – o legislador não reformou o Código Penal. Já em 1988, por ocasião do prolação da sent. n.º. 925, a Corte deu mais um passo, afirmando que “a limitação da previsão legislativa à ofensa contra a religião católica” não poderia continuar a justificar-se com o argumento de que a ela pertencia a “quase totalidade” dos cidadãos italianos, e menos ainda com a só exigência de tutelar o sentimento religioso da “maior parte da população italiana”³⁷⁹. Finalmente, diante da absoluta inutilidade das técnicas bilaterais

determinación del tipo y la pena, que la creación normativa jurisprudencial, aun la constitucional, no estaría en condiciones de satisfacer. A semejante conclusión, ya sostenida claramente en discursos sobre la actividad de la Corte como los de Elia o La Pergola, y mantenida hoy por la práctica constante del Tribunal, vid., significativamente, la sentencia 440/1995”. Markus Beilfuss, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, cit., p. 167, por sua vez, entendeu a decisão como uma extensão do âmbito de incidência da disposição penal manipulada: “la Sentencia 440/1995, relativa a la tipificación del delito de blasfemia, que, como se ha señalado en el Capítulo anterior, se refería exclusivamente a la religión católica. Después de haber desestimado en el año de 1998 una cuestión de inconstitucionalidad dirigida contra dicho precepto porque, entre otras cosas, correspondía al legislador llevar a cabo su reforma, y no habiéndose producido esta última, en esta segunda Sentencia la Corte no dudó en extender a las demás confesiones religiosas dicha protección penal, a pesar de tratarse de una materia reservada a la ley”.

³⁷⁷ Na fundamentação da sent. 440/1995, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008, a Corte relatou a história jurisprudencial do art. 724: “Nella sentenza n. 79 del 1958 viene operata una prima conversione del bene giuridico protetto. La religione cattolica è configurata non più come la religione dello Stato in quanto organizzazione politica, ma dello Stato in quanto società: la protezione speciale della ‘religione dello Stato’ si giustificerebbe per la rilevanza che ha avuto ed ha la religione cattolica in ragione della antica ininterrotta tradizione del popolo italiano, la quasi totalità del quale ad essa sempre appartiene. ... La norma dell’art. 724 Cod. pen., come altre dello stesso Codice ..., si riferisce alla ‘religione dello Stato’ dando rilevanza non già a una qualificazione formale della religione cattolica, bensì alla circostanza che questa è professata nello Stato italiano dalla quasi totalità dei suoi cittadini, e come tale è meritevole di particolare tutela penale, per la maggior ampiezza e intensità delle reazioni sociali naturalmente suscitate dalle offese ad essa dirette”.

³⁷⁸ Sentença 14/1973, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008.

³⁷⁹ Sentença 925/ 1988, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008

antes empregadas, a Corte, na decisão 440/1995, “afirmou a preeminência do princípio constitucional da igualdade em matéria de religião”³⁸⁰.

Esse breve histórico, por si só, mostra o quanto, e por quanto tempo, a rigidez dos direitos fundamentais pode ser banalizada se ao legislativo for dado, por um excessivo *self restraint* da jurisdição constitucional³⁸¹, um mandato tácito para, ao sabor da maioria, flexibilizá-la. Por óbvio, a esmagadora maioria da população (e do parlamento) italiana é católica, e por isso mesmo a jurisdição constitucional talvez seja a única sede institucional onde alguém, ou algum grupo, não católico, poderia defender seus direitos civis com alguma chance de êxito.

Além da importância da sentença em estudo para o raciocínio dos que assumem o postulado da jurisdição constitucional como elemento contramajoritário do sistema político, sua justificação processual tem relevância por suscitar alguma dúvida quanto à natureza puramente negativa (nulificadora) das decisões de acolhimento parcial. Definindo as fronteiras da decisão que estava prolatando, o Tribunal de Roma assentou:

A declaração de inconstitucionalidade do art. 724, primeiro parágrafo, do código penal deve, todavia, ser circunscrita à parte que comporta, efetivamente, uma lesão do princípio da igualdade. A norma impugnada se presta, assim, a ser dividida. Uma parte – restando excluída qualquer valência aditiva da presente pronuncia, de *per se* preclusa em face da particular reserva de lei em matéria de crime e de pena – se subtrai à censura de inconstitucionalidade, resguardando a blasfêmia contra a Divindade em gênero e assim protegendo da investida e da expressão ultrajosa todos os crentes e todas as espécies de fé religiosa, sem distinção ou discriminação, no âmbito – naturalmente – do conceito constitucional de bom costume. A outra parte da norma do art. 724 considera, ao contrário, a blasfêmia contra os Símbolos e Pessoas referindo-se exclusivamente à religião católica, com conseqüente violação do princípio da igualdade. Para essa parte, apresentam-se duas possibilidades de superação do vício revelado: a nulidade da norma inconstitucional por defeito de generalidade e a extensão da mesma às confissões religiosas excluídas; à Corte constitucional é dada apenas a primeira, por causa da supramencionada proibição de decisões aditivas em matéria penal. Por esses motivos, A Corte Constitucional, declara a ilegitimidade

³⁸⁰ Sentença 440/ 1995, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008: “La perdurante inerzia del legislatore non consente - dopo sette anni dall'ultima sentenza, ribadita nei suoi contenuti dall'ordinanza n. 52 del 1989 - di protrarre ulteriormente l'accertata discriminazione, dovendosi affermare la preminenza del principio costituzionale di uguaglianza in materia di religione su altre esigenze - come quella del buon costume tutelato dall'art. 724 - pur apprezzabili ma di valore non comparabile”.

³⁸¹ Talvez, aqui, valesse repetir a lição presente na Ementa do MI 670, transcrita acima, acerca dos “riscos de consolidação de típica omissão judicial quanto à matéria”.

constitucional do art. 724, primeiro parágrafo, do código penal, limitadamente às palavras: “ou Símbolos ou Pessoas veneradas na religião do Estado”³⁸².

Há, porém, uma nuance no argumento. É claro, pode-se estabelecer uma distinção clara, tanto tipológica quanto técnica, entre as decisões aditivas e as decisões de acolhimento parcial, de fato, uma adita o texto, outra o reduz. Entretanto, no âmbito da eficácia, a distinção entre os tipos de decisão não é mais possível, pois, a qualquer esforço de raciocínio parecerá claro que escrever *A, C, D...* e nulificar a parte que diz *somente-B* conduz ao mesmo resultado, ou seja, a inserção de *A, C, D*. Sob esse entendimento, a sentença 440/1995, de fato, não é uma sentença aditiva *stricto sensu*, mas uma sentença de acolhimento parcial com redução de texto, portadora de eficácia aditiva para alargar o âmbito de incidência da norma penal incriminatória, ou seja, com efeitos aditivos *in malam partem*. Como supedâneo para a recusa da tese que postula efeitos meramente negativos para a decisão de acolhimento parcial – com ou sem redução de texto –, recorremos às lúcidas palavras de Sorrenti:

Tem-se observado que a pronúncia de nulidade total é sempre modificativa do ordenamento jurídico, enquanto a eliminação de uma disposição determina a atração de dispositivos dessa disciplina ou em espaço juridicamente indiferente ou no âmbito de aplicação de uma norma mais geral que resultava comprimido pela presença da disposição impugnada. Em tais hipóteses, porém, a “aplicação dessa segunda disposição ao âmbito fático regulado pela norma nulificada depende diretamente de estar em vigor e do significado que se lhe atribui com base no cânone hermenêutico geral, e só indiretamente da pronúncia de inconstitucionalidade. Diversamente acontece quando, em relação à disposições “gramaticalmente unitárias”, se suprime com uma sentença parcial “textual” algumas palavras em seu conteúdo, que delimita o dispositivo, fazendo entrar-lhe alguma categoria de comportamento e excluindo outra. Nessa nulidade de uma parte de um texto incindível, com o escopo de estender o âmbito de incidência da disciplina prevista na disposição, há, ao contrário, um alcance criativo em senso estrito³⁸³.

Posto isso, concluímos que a prolação de decisões com perfil aditivo – sejam interpretativas, de acolhimento parcial ou substitutivas – em matéria penal, embora possa ser afastada por uma decisão política do Tribunal acerca de seu próprio papel no sistema de governo, não pode ser taxada como contrária à natureza da atividade da

³⁸² Sentença 440/ 1995, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/filtro.asp>, acesso em 02.10.2008.

³⁸³ Giusi Sorrenti, *L'interpretazione conforme a costituzione*, cit., pp. 194-195.

jurisdição constitucional, mormente, quando se mantém em mente o caráter contramajoritário do Estado Constitucional e da jurisdição responsável por seu equilíbrio.

5 Limites teóricos a prolação de decisões manipulativas

As técnicas destinadas à supressão unilateral da inconstitucionalidade, embora se tenham mostrado indispensáveis para a higidez dos direitos fundamentais, suscitam esforços doutrinários preocupados, sobretudo, com o estabelecimento dos seus limites³⁸⁴.

Indaga-se, em linhas gerais, sobre até que ponto devem entrar no juízo de legitimidade constitucional argumentos sobre as premissas da lei ou sobre as finalidades que a animaram. O subleito dessa tendência é a asserção segundo a qual a jurisdição constitucional não pode solucionar objetivamente uma série de problemas da comunidade política, pelo que suas condicionantes funcionais obrigam-na a reconhecer ao legislador e ao governo inevitáveis margens de atuação. As jurisdições constitucionais poderiam, portanto, estabelecer margens à vontade estatal de outros órgãos, mas não substituí-la³⁸⁵. Na marcante síntese de Lord Devlin, os tribunais constitucionais seriam “legisladores aleijados”³⁸⁶, e isso por fatores que são inerentes às fraquezas da lei nascida em sede jurisdicional. Aduz-se que o cidadão comum tem poucas chances de obter adequadas informações sobre o processo que gera uma regra geral de cunho judicial, sendo a jurisprudência constitucional muito mais extensa, hermética e difícil de consultar que o direito positivado. Considera-se, ademais, que a natureza declaratória das decisões constitucionais implica retroatividade da lei judicial, ferindo os valores da segurança jurídica e da previsibilidade. Por fim, existem opiniões como a de Stanzione, para quem “a norma individuada através de decisões aditivas ou substitutivas é subtraída ao posterior

³⁸⁴ Cf., v. g., Ricardo Guastini, *Das fontes às normas*, cit., p. 268: “Caso se pense que o poder de julgar é, também ele, um poder normativo e, portanto, um poder político. Se se reconhece – como agora quase todos reconhecem – que também o Poder Judiciário é um poder político, surge então o problema – inteiramente novo para o constitucionalismo – de inventar técnicas constitucionais apropriadas que garantam os direitos de liberdade contra o Judiciário”.

³⁸⁵ Hans Schneider, *Democracia y constitución*, cit., p. 200.

³⁸⁶ Lord Devlin, *Judges and lawmakers*, apud, Mauro Cappelletti, *The judicial process in comparative perspective*, cit., p. 37.

controle de legitimidade constitucional, que se apresentaria como inadmissível censura à decisão de acolhimento manipulativa que a introduziu”³⁸⁷.

Os limites que a doutrina tenta impor à atividade normativa das jurisdições constitucionais podem, com algum esforço analítico, ser divididos em dois grupos: materiais e processuais.

5.1 Limitações materiais a prolação de decisões manipulativas

Quanto aos limites materiais, já foi dito que a “discricionariedade do legislador é particularmente ampla quando se trata de ditar disposições transitórias”³⁸⁸. Opiniões há, igualmente, segundo as quais embora possa “a decisão judicial inserir-se de modo desarmônico no sistema legislativo”, não poderá ter conteúdo que “contraste literalmente com alguma disposição, de modo a criar uma lacuna teleológica” no ordenamento³⁸⁹. Llorente parte da relação entre “os limites da sentenças interpretativas” e a necessidade de preservação da segurança jurídica, e ressalta, “em um âmbito mais específico”, os limites que “vêm atrelados às peculiaridades do Direito penal e administrativo sancionador”³⁹⁰. Tais limitações materiais há muito soam ser agrupadas sob a epígrafe questão política, a significar um grupo de matérias refratárias à ingerência do controle de constitucionalidade e, com mais razão, aos efeitos normativos de suas decisões.

A atenção dispensada ao contexto político-institucional italiano apresenta-se prolífica também para o estudo da discricionariedade legislativa. Naquele país, os esforços em limitar a ingerência da jurisdição constitucional em questões reputadas de submissão exclusiva à vontade majoritária não restaram adstritos à doutrina, ao contrário, ganharam expressão positiva. Dispõe o art. 28 da Lei sobre o funcionamento da *Corte Costituzionale* n.º 87, de 11 de março de 1953: “O controle de legitimidade da Corte

³⁸⁷ Marco Stanzione, *Il vincolo do giudicato costituzionale*, disponível em: <http://www.overlex.com/leggiarticolo.asp?id=1795>, acesso em 14.10.2008, item n. 1.1.

³⁸⁸ Pasquale Costanzo, *Legislatore e Corte costituzionale: uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, cit., item n.º 6. Cf., de forma análoga, Stelio Mangiameli, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, cit., item n.º 7: “In situazioni di crisi finanziaria e di fronte a crescenti difficoltà sociali che il legislatore non riesce a fronteggiare, la Corte accetta normative nelle quali essa mesma intravede dei limiti di legittimità costituzionale, giustificandoli sulla base della circostanza que, essendo dovute a situazioni straordinarie e di carattere temporaneo, la compressione dei diritti non sarebbe tale pregiudicare in modo definitivo le situazioni soggettive. La dottrina italiana ha coniato per questa giurisprudenza l'espressione ‘legittimità costituzionale provvisoria’”.

³⁸⁹ Frederico Roselli, *Sui contrasti giurisprudenziale*, cit., item n.º 5.

³⁹⁰ Rubio Llorente, *et al.*, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, cit., p. 132.

Constitucional sobre uma lei ou um ato com força de lei exclui qualquer valoração de natureza política e qualquer questionamento sobre o uso do poder discricionário do Parlamento”³⁹¹.

Embora a Corte Constitucional italiana tenha afirmado, diversas vezes, que a sindicância constitucional só seria cabível quando “o uso da discricionariedade legislativa resulte por tudo arbitrário e irracional”³⁹², as exceções a essa premissa se avolumaram ao ponto de temer-se uma superinterpretação da Constituição. Guastini aludiu aos riscos que essa prática carrega para o equilíbrio político-institucional:

Quando a Constituição é superinterpretada não resta espaço vazio de – ou livre do – direito constitucional: toda decisão legislativa é pré-disciplinada por uma ou outra norma constitucional. Então, não vemos lei que possa fugir ao controle de legitimidade constitucional. Em outras palavras, não se vê espaço para qualquer discricionariedade legislativa: não se vê questão de legitimidade constitucional da qual se possa dizer que é apenas uma *political question*, uma questão puramente política, estranha à cognição do juiz da legitimidade constitucional da lei³⁹³.

Em suma, a partir dessa linha de raciocínio: a Corte deve subtrair-se do espaço em que, através do dissenso e da alternância entre maioria e minoria, ocorre uma sorte de experimentação social que resultará em um consenso mais vasto. A substituição dessa fase “experimental pela autoridade de um pronunciamento judicial, mesmo quando esse traz argumentos universalmente partilhados, não parece operação aceitável”³⁹⁴.

5.2 Limitações processuais a prolação de decisões manipulativas

Entre os limites nascidos do raciocínio teórico-processual, destacam-se dois. O primeiro pretende estabelecer uma relação de subsidiariedade entre as decisões aditivas e outras técnicas de decisão em controle de constitucionalidade tidas como menos invasivas das esferas de atuação do legislativo e do judiciário. A segunda, que importa por afrontar – a nosso sentir – a autoridade das decisões das cortes constitucionais, diz com a vinculatividade da *pars construens* da decisão, pretendendo distinguir, na decisão

³⁹¹ In: Elena Malfatti (org.), *Giustizia costituzionale: atti normativi*, Torino: Gianppicheli Editore, 2007, p. 48.

³⁹² Elena Malfatti, et al., *Giustizia costituzionale*, cit., p. 302.

³⁹³ Riccardo Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, cit., p. 158.

³⁹⁴ Augusto Cerri, *Concezioni proceduralistiche e concezioni sostanzialistiche della Costituzione nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, cit., item n.º 4.

manipulativa, um perfil ablativo de eficácia *erga omnes*, e outro, normativo (aditivo), que vem considerado como meramente persuasivo³⁹⁵.

Ressaltando a tese da subsidiariedade das decisões aditivas, escreveu-se, por exemplo, que a utilização da técnica aqui estudada “pressupõe a renúncia a uma (por outro lado nem sempre possível) decisão interpretativa de rejeição, a recomendar a interpretação conformadora de tipo extensivo”³⁹⁶. No mesmo sentido, Sorrenti considerou existir uma relação de subsidiariedade entre as decisões interpretativas e manipulativas *stricto sensu*³⁹⁷, acrescentando que a observação

da regularidade de aplicação das diversas técnicas decisórias mostra, pela mesma categoria de hipóteses fáticas, a tendência de intercâmbio entre essa tipologia de decisões com outras tipicamente aditivas (*omissis*). Se delineando uma relação de ‘subsidiariedade’ entre os dois modelos de decisão, para que em caso de fracasso do primeiro tipo de sentença se possa recorrer ao outro, de caráter mais marcadamente criativo³⁹⁸.

Quanto à segunda forma de limitação, ou seja, a tentativa de discriminar entre as partes da decisão que teriam ou não eficácia *erga omnes*, aduz-se não ser passível de exclusão a possibilidade de os juízes aplicarem o enunciado normativo que persistiu idôneo e dar-lhe interpretação conforme diversa daquela que foi sustentada pela jurisdição constitucional através da parte aditiva da decisão. Essa tese escaparia da alternativa entre a interpretação da corte suprema e aquela acoimada inconstitucional pela decisão.

Porém, levando o raciocínio ao limite, surge a hipótese de conversão da sentença manipulativa com efeitos aditivos em uma decisão interpretativa (na parte em que contém a adição). Essa hipótese, não há dúvidas, implica a restrição do poder normativo da jurisdição constitucional em homenagem à liberdade de interpretação do poder judiciário, com o que não podemos concordar. Modugno, com proficiência, deu margens ao pensamento dessa corrente doutrinária:

Em parte da cultura jurídica, reside agora a ideia que toda especificação do conteúdo dispositivo das sentenças constitucionais de acolhimento – que

³⁹⁵ Cf., nesse sentido, Augusto de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, cit., p. 251, que, lembrando a posição de Vignudelli, escreveu: “Todo su esfuerzo argumentativo se centrará sin embargo en demostrar, en la línea de Picardi o Zagrebelsky, cómo la parte creativa debe quedar reducida a una magistratura de ‘mera influencia’”.

³⁹⁶ Gianpaolo Parodi, *Lacune e norme inespresso nella giurisprudenza costituzionale*, cit., ite, n.º. 2.3.2.

³⁹⁷ Para o autor, manipulativas *estricto sensu* são as decisões aditivas e substitutivas.

³⁹⁸ Giusi Sorrenti, *L'interpretazione conforme a costituzione*, cit., pp. 267-268.

tenha outro efeito que não a mera eliminação de uma norma positiva – pode não ser retida como vinculante para os juízes. A elaboração doutrinária mais refinada a propósito é seguramente aquela que afirma que “o objeto de uma sentença aditiva não é mais uma omissão legislativa, mas uma norma vivente” (*omissis*) com a importante consequência – no plano da eficácia dos dispositivos aditivo e substitutivos – que essa vem distinta em duas partes ou perfis: a parte ablativa e a parte integrativa. Enquanto ao “perfil ablativo que nulifica a norma vivente” é obviamente reconhecido o efeito *erga omnes*, “a integração normativa indicada pela Corte no dispositivo aditivo tem um valor só persuasivo”³⁹⁹.

5.3 A jurisdição constitucional como limite da discricionariedade político-majoritária

Ante (e contra) o conjunto de limitações que se pretende opor ao poder normativo da jurisdição constitucional, restar-nos-ia aduzir três argumentos.

No concernente às relações entre a jurisdição constitucional e a discricionariedade do legislador, de início, seria preciso ponderar que o que é ou não puramente político, resolve-se como uma questão jurídica: “a decisão da questão de saber se foi ou não concedido um poder discricionário – ponderou Engisch -, é tarefa que incumbe à ‘interpretação’ das leis e das instituições”⁴⁰⁰. De há muito, também entre nós, as indagações sobre o tópico *questão política* já foram respondidas de forma exauriente. A esse respeito, lembremos a lição de Rui, para quem a ingerência do judiciário, “muitas vezes, não consiste senão *em transformar*, pelo aspecto com que se apresenta o caso, uma questão *política* em questão *judicial*”⁴⁰¹. Para que determinadas matérias fossem vedadas ao exame e correção da jurisdição constitucional, igualmente seria necessário superar a premissa, bastante razoável, que afirma – como condição de sua legitimidade - todo exercício do poder como político, por isso, os atos de poder são todos “imediatamente

³⁹⁹ Franco Modugno, *Alcune riflessioni a margine della ricerca su il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali – anni 2000-2005*, cit., item nº 8. Exemplo do universo descrito por Modugno, é Marco Stanzione, *Il vincolo do giudicato costituzionale*, cit., item n. 1.1: “Alcuni autori hanno rilevato che il giudicato costituzionale nel caso di decisioni di accoglimento interpretative, additive o sostitutive si ‘relativizza’, osservando che ‘in tali casi l’efficacia ex art. 136 Cost. è limitata alla norma o ai profili direttamente colpiti dalla sentenza, rimanendo salva la possibilità per la Corte di riaffrontare una questione di legittimità sulla stessa disposizione, in riferimento a profili normativi diversi o ulteriori ed eventualmente dichiararne l’illegittimità costituzionale’. Il fenomeno della cd. relativizzazione del giudicato costituzionale è presente anche a proposito del vincolo gravante sul legislatore e sulla stessa Corte”.

⁴⁰⁰ Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965, p. 188. E de nada adiantaria evocar a tradição americana acerca desse ponto, pois – como escreveu David O’Brien, *Storm Center: The Supreme Court in american politics*, cit., pp. 182-183 -, “the political-question doctrine means what the judges say it means”.

⁴⁰¹ Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1933, v. 4, p. 41.

constitucionais”⁴⁰², oferecendo-se à sindicabilidade perante a jurisdição constitucional. Relembremos, por fim, o voto do Ministro Hermenegildo de Barros, proferido no HC 14.583 de janeiro de 1925, resumido, em obra clássica, pelo Ministro Edgard Costa, no sentido de que se “os tribunais não podiam julgar questões exclusivamnete políticas”, poderiam e deveriam conhecer de tais questões quando fossem elas submetidas ao Tribunal “como elementos únicos e indispensáveis para o julgamento de casos de direito privado, de casos referentes a direitos individuais garantidos na Constituição da República”, afirmando ainda que “a proteção ao direito individual era precisamente a missão do Poder Judiciário, a sua razão de ser”, e que,

por conseguinte, tôdas as vezes que um direito individual se dizia ameaçado, e invocava o amparo desse Poder, e pedia a proteção que lhe era garantida pela Constituição, ele não podia deixar de ir em seu auxílio, sob pena de mentir à sua missão e faltar ao primeiro dos seus deveres. Neste regime, só havia uma força, um princípio, uma autoridade soberana e suprema, era a Constituição da República; os direitos nela declarados foram confiados à guarda do Poder Judiciário; conseguintemente, qualquer que seja a natureza e origem das ameaças que tentem violar esses direitos, venham elas ou não dos outros dois poderes, venham da União ou dos Estados, revistam ou não o caráter político, hão de por força cair sob o exame e a alçada do Supremo Tribunal⁴⁰³.

Concluindo: se existem questões políticas puras, elas se devem ao fato de que o Tribunal Constitucional decidiu que não as iria apreciar. Não existem, assim, questões políticas puras anteriores, transcendentais ao juízo de admissibilidade levado a cabo pela Corte, significa dizer, a definição do limite de atuação da jurisdição constitucional é uma questão de interpretação jurídico-constitucional.

Dando seguimento ao raciocínio, cumpriria ressaltar que o julgamento da inconstitucionalidade de lei resolvido através de decisões de perfil aditivo não retira a matéria do âmbito de discussão política⁴⁰⁴ e nem coloca o diploma normativo aditado ao

⁴⁰² Lourival Vilanova, *Escritos jurídicos e filosóficos*, cit., p. 388.

⁴⁰³ Edgar Costa, *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal, Primeiro Volume (1892-1925)*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964, pp. 408-409.

⁴⁰⁴ Acerca desse ponto escreveu Joaquín Camazano, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, cit., pp. 410-411: “Sea como sea, estas sentencias aditivas resultan particularmente controvertidas por cuanto que conllevan de hecho una cierta ‘suplencia’ por parte del órgano de la constitucionalidad respecto del legislador, ocurriendo, además, que, en general, el TC estará no sólo menos legitimado para ello que el propio legislador democrático, sino que además no dispondrá de todos los elementos de juicio, muy complejos con frecuencia, precisos para adoptar una normativa en esa materia. Se comprende, así, que en Portugal, si bien se ha utilizado por su TC esta técnica sentenciadora, invocándose para ello ‘el cuadro constitucional [...]’

largo da hermenêutica judicial⁴⁰⁵. Cappelletti, refletindo sobre a possível superveniência legislativa na matéria, a modular a intervenção manipulativa da Corte, ponderou que “não se pode proibir os juízes que ‘façam a lei’, se bem que isso não exclui, em última instância, a possibilidade de uma revogação legislativa da ‘legislação judicial’”⁴⁰⁶. Essa possibilidade, embora diretamente decorrente do princípio da não vinculação do legislador à decisão proferida em controle de constitucionalidade, deve ser acolhida, segundo Malfatti, *cum grano salis*:

Se é verdade que, sob o aspecto estritamente formal, não se possa nutrir dúvidas acerca da possibilidade do Parlamento, respeitando os limites implícitos e explícitos para a revisão constitucional, superar uma pronúncia da Corte constitucional através da aprovação de uma lei constitucional que, como tal, se imponha ao Juiz da lei, parece, entretanto, verdade que o comportamento de um Parlamento que, diante da decisão com a qual a Corte declara a inconstitucionalidade de uma determinada lei, decide confirmar aquela lei, revestindo-a, com o fim de protegê-la com a veste formal da constitucionalidade, deve reter-se como um comportamento absolutamente excepcional e por nada normal sob o aspecto da relação entre órgãos constitucionais. Por isso, deve ser compartilhada a afirmação de Carlassare, segundo a qual o delineado acima é um “modo deveras extremo de paralisar a Corte”, e que seu uso normal produz inevitavelmente uma demolição da ideia mesma de constituição, como quadro tendencialmente estável de garantias⁴⁰⁷.

Por fim, não se pode olvidar que a tese da não sindicabilidade judicial de “matérias sensíveis à escolha”, onde a resposta aceitável deve, necessariamente, advir da distribuição da preferência na sociedade, esbarra na normatividade e submissão que impõem os direitos fundamentais. A sua garantia leva a jurisdição constitucional a proferir

marcado por un componente o dimensión social particularmente acentuado’, el Tribunal también se ha sentido obligado a señalar que la concreta solución adoptada por la sentencia no impedía la ‘posibilidad de que el legislador en el futuro diera otra respuesta distinta al problema (si lo considerara necesario y conveniente) y una respuesta que pudiera incluso ser nueva y no coincidente con la de cualquiera de las disposiciones en contraposición’ (sentencia 449/87)”.

⁴⁰⁵ Franco Modugno, *Alcune riflessioni a margine della ricerca su il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali – anni 2000-2005*, cit., item nº 7: “Del resta, anche la disposizione legislativa, quale risulta integrata dall’aggiunzione operata dalla Corte, che è considerata vincolante dai giudici, è a sua volta suscettibile di interpretazione (alla luce della motivazione della sentenza costituzionale oggetto di interpretazione, secondo il riconosciuto canone della totalità)”.

⁴⁰⁶ Mauro Cappelletti, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*, cit., p. 629.

⁴⁰⁷ Elena Malfatti, *et al.*, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 306-307. Confirma a excepcionalidade ressaltada pela autora o fato de que, em séculos de história constitucional americana, apenas em seis oportunidades a Corte teve decisões suas superadas através de emenda constitucional, em alguns casos com claro ganho civilizatório para a sociedade, cf., a esse respeito, David O’Brien, *Storm Center: The Supreme Court in american politics*, cit., pp. 358-359.

decisões, outrossim, que não remetem ao número como parâmetro válido de legitimidade, pelo que ponderou-se, com apoio em Dworkin, que “abolir a pena de morte, ou proibir a discriminação contra as mulheres no emprego, são questões cuja resposta correta não depende do número daqueles que a sustentam”⁴⁰⁸. Daí porque, na Itália, a “discrecionalidade legislativa aparece estritamente coligada ao princípio da igualdade, do qual a Corte retém legítima uma atuação modulável”⁴⁰⁹. E na Alemanha, “o ativismo compensatório do Tribunal Constitucional” costuma ser aceito quando “tem por objeto aspectos como a proteção das minorias ou o núcleo essencial da democracia”⁴¹⁰.

Peca o argumento, portanto, por não reconhecer que, quando se trata de direitos fundamentais, a análise tópica restringe o campo em que o juiz forma o seu convencimento. Assim, judicializada, a decisão político-majoritária perde um tanto de seu conteúdo consensual legitimador, para ser submetida a um novo teste de legitimidade, não mais ante a legislatura e seus eleitores, mas perante o Congresso Constituinte e as opções políticas básicas que a maioria eleitoral, direta ou indireta, não pode mudar. Decorre daí que muitos argumentos e pressupostos consensuais que predominaram na decisão político-legislativa que agora mostra-se inadequada ou insuficiente ante inúmeras situações concretas (subjéctivas), podem ser e serão ignorados pelo juiz⁴¹¹. E isso porque sua vinculação é à Constituição e às opções básicas e fundamentais da comunidade política, e não à lei e à vontade da legislatura ordinária.

Por tudo isso, talvez devêssemos começar a ecoar a lição de Hesse acerca da natureza algo nebulosa - próxima mesmo àquela de uma *petitio principii* - do mandamento de *self restraint* dirigido mecanicamente às cortes constitucionais pela doutrina e, religiosamente, por elas ignorado:

Se é correto o princípio de que o controle do Tribunal Constitucional é determinado pelas funções que lhe são confiadas pela Constituição, então o postulado da retração judicial [*richterlicher Zuruckhaltung*] é em geral falso. Pois a mais importante função confiada ao TC – velar pela observância da Constituição, especialmente a proteção dos direitos

⁴⁰⁸ José Brito, *Jurisdição constitucional e princípio democrático*, cit., p. 43.

⁴⁰⁹ Pasquale Costanzo, *Legislature e Corte costituzionale: uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in matéria di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, cit., item nº. 5.

⁴¹⁰ Markus Beilfuss, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, cit., p. 168.

⁴¹¹ Cf., nesse sentido, Víctor Abramovich, *et al.*, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, in: Ingo Sarlet, *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 150.

fundamentais – pode exigir justamente o contrário da contenção, ou seja, uma decidida intervenção do Tribunal, mesmo com o risco de conflito com outra autoridade⁴¹².

⁴¹² Konrad Hesse, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Heidelberg: *Ausgewählte Schriften*, 1984, pp. 311 e segs., *apud*, Vital Moreira, *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, cit., p. 195.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação jurisdicional nos Estados Constitucionais contemporâneos tem operado modificações profundas nos sistemas de direito codificado (*civil law*). Fenômeno fugidio, não se oferece límpido ao pesquisador, que o surpreende, no mais das vezes, através do estudo da jurisprudência constitucional comparada. Com o presente estudo monográfico, pretendemos iniciar um inventário, doutrinário e jurisprudencial, do fenômeno definido por vezes de forma singela como “neoconstitucionalismo”⁴¹³ ou “constitucionalismo discursivo”⁴¹⁴, e outras, de forma incisiva, como “juristocracia”⁴¹⁵ ou governo de juízes. Daí ter-mos considerado prolífica a pesquisa acerca das condições de possibilidade e admissibilidade das decisões manipulativas em matéria criminal e orçamentária, enquanto fragmento significativo e paradigmático do real (enquanto aferível) protagonismo judicial que força a redefinição das formas de governo e dos sistemas de direito.

Quanto ao questionamento principal do estudo, concluímos, com apoio no postulado da natureza contramajoritária do Estado Constitucional e em uma particular leitura do significado sistemático da rigidez constitucional, que sim, são admissíveis decisões manipulativas, inclusive com perfil aditivo, tanto em matéria penal quanto em hipóteses que impliquem rearranjo orçamentário e regulatório. Devem-se multiplicar os instrumentos, pois as demandas tanto da liberdade quanto da justiça material de agudas tornaram-se intransigentes, e, há algumas décadas, tais demandas tem sido submetidas aos juízes, dentro de arranjos institucionais que não demonstram nenhum “compromisso sério com a supremacia parlamentar”⁴¹⁶. O protagonismo judicial está posto, é uma realidade histórica e, evitando reiniciar a discussão do marco teórico, seria adequado concluir expondo o que julgamos ser a principal razão para o espraiamento do controle judicial da política.

Pensamos, nesse sentido, que quando transplantou aos sistemas de direito codificado o controle de constitucionalidade das leis, Kelsen implementou elemento

⁴¹³ V. g., Miguel Carbonell, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta, 2007.

⁴¹⁴ Robert Alexy, *Constitucionalismo discursivo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁴¹⁵ Assim, Ran Hirschl, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, cit..

⁴¹⁶ Mark Tushnet, *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, cit., p.19.

institucional contrário ao monismo jacobino derivado da soberania do povo - compactamente concebido como nação -, que postula o parlamento como virtuosa personificação moral e política. Se existe um instrumento de controle da vontade do Estado, então esse Estado não é mais a nação e a assembleia não é mais o povo, e o povo agora não é mais um ente, mas, ao contrário, *popolo di individui*⁴¹⁷.

Rompida a mitologia iluminista, o dualismo de oposição apresenta-se em todas as suas vestes: governantes e governados, sociedade e Estado. Em um tal sistema político - convém lembrarmos as palavras de Hamilton -, “os tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre o povo e a legislatura”⁴¹⁸. Por conseguinte, restam ultrapassados muitos obstáculos partidos da lógica monista (jacobina) que se levantam contra o poder normativo das jurisdições constitucionais, pois em um ordenamento que afirma a distinção entre assentos de poder e fontes do direito, a natureza declaratória da jurisdição perde sua condição de axioma e passa-se a admitir o direito jurisprudencial e os precedentes vinculantes para todos.

⁴¹⁷ Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*, cit., item nº 4.

⁴¹⁸ *O Federalista*, Brasília: UNB, 1984, p. 314.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

ABRAMOVICH, Victor, *et al.*. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

AMAR, Vikram, *et al.*. *The global perspectives on constitutional law*. New York: Oxford University Press, 2009.

ANZON, Adele. *Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81*. Milano: Giuffrè, 1993.

AVRIL, Pierre, *et al.*. *La création du droit par le juge*. Paris: Dalloz, 2007.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933.

_____. *Obras completas de Rui Barbosa*, vol. XXXVII, Tomo VI. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1984.

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

BELAID, S. *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*. Paris: L.G.D.J., 1974.

BELLAMY, Richard. *Political constitutionalism: a republican defense of the constitutionality of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University Press, 2004.

BIN, Roberto. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1992.

BRUN, Jean. *O neoplatonismo*. Lisboa: Edições 70, 1988.

CAMAZANO, Joaquín. *La acción abstracta de inconstitucionalidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

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

_____ *Le pouvoir des juges*. Paris: Economica, 1990.

_____ *The judicial process in comparative perspective*. New York, Clarendon Press, 1991.

CARBONELL, Miguel (ed.). *En busca de las normas ausentes*, 2007. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2455>, acesso em: 14.09.2008.

_____ *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1994.

CHOPER, Jesse. *Judicial review and the national political process*. Chicago: University of Chicago Press, 1983.

COELHO, Inocêncio. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: IDP/Saraiva, 2007.

COLAPRIETO, Carlo. *Le sentenze additive e sostitutive della Corte Costituzionale*. Pisa: Pacini Editore, 1990.

COLOQUIO INTERNACIONAL. *La actualidad de la defensa de la Constitución*. México: UNAM/SCJN, 1997.

COSTA, Edgar. *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal, Primeiro Volume (1892-1925)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.

COX, Archibald. *The role of the Supreme Court in american government*. New York: Oxford University Press, 1977.

DAVIDSON, Donald. *Ensaio sobre a verdade*. São Paulo: Unimarco, 2002.

DE PAGE, Henri. *A propos du gouvernement des juges*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1931.

DUVERGER, Maurice. *Constitutions et documents politiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1974.

ELSTER, Jon, *et al.* *Constitutionalism and democracy*. New York: Cambridge University Press, 2003.

ELY, John. *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*. Madrid: Siglo del Hombre Editores, 1997.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965.

FAVOREU, Louis (org.). *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1984.

FRIEDMANN, W. *Théorie générale du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.

GARBUS, Martin. *Courting Disaster: the Supreme Court and the Unmaking of american law*. New York: Times Book, 2003.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: Giappichelli Editore, 2001.

_____ *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Editorial Porrúa, 2000.

_____ *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier-Latin, 2005.

GUERRA FILHO, Willis. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2008.

HECK, Luiz. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

HEGEL, Georg. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1983.

_____ *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

INWOOD, Michael. *Dicionário de Hegel*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

KECK, Thomas. *The most activist Supreme Court in History: the road to modern judicial conservatism*. Chicago: University of Chicago Press, 2004.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la contre la législation sociale aux États-Unis (L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois)*. Paris: Marcel Giard, 1921.

LEVIN, Mark. *Men in Black: how the Supreme Court is destroying America*, 2005, Blackstone Audiobooks. Disponível em: http://www.audible.com/adbl/site/products/ProductDetail.jsp?BV_SessionID=@@@@0330321977.1241089970@@@@&BV_EngineID=ccckadehedhfflicecekejdfidflm.0&productID=BK_BLAKE_001012, acesso em: 30.04.2009.

LLORENTE, Francisco, *et al.*. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw, 1998.

LOUGHLIN, Martin, *et al.*. *The paradox of constitutionalism*. New York: Oxford University Press, 2007.

LUKIC, Radomir. *Théorie de l'État et du droit*. Paris: Dalloz, 1974.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of law: an essay in legal theory*. New York: Oxford University Press, 2007.

MALFATTI, Elena, *et al.*. *Giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli Editore, 2007.

_____ *Giustizia costituzionale: atti normativi*. Torino: Giappichelli Editore, 2007.

Mélanges offerts a Marcel Waline : le juge et le droit public, Tome I. Paris: Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, 1974.

MENDES, Gilmar, *et al.*. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MOREIRA, Luiz (org.). *Com Habermas contra Habermas*. São Paulo: Landy, 2004.

NEVES, Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

O Federalista. Brasília: UNB, 1984.

O'BRIEN, David. *Courts and judicial policymaking*. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2008.

_____ *Storm Center: The Supreme Court in american politics*. New York: W. W. Norton & Company, 2008.

PAGALLO, Ugo. *Alle fonti del diritto: mito, scienza, filosofia*. Torino: Giappichelli Editore, 2002.

PALLIERI, Balladore. *Diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1976.

- PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PAU I VALL, Francesc (coord.). *Parlamento y justicia constitucional*. Barcelona: Editorial Aranzadi, 1997.
- PINA, Antonio. *División de poderes e interpretación*. Madrid: Tecnos, 1987.
- PINTORE, Anna. *El Derecho sin verdad*. Madrid: Dykinson, 2006.
- PONTHOREAU, Marie-Claire. *La reconnaissance des droits non-écrits par les cours constitutionnelles italienne et française : essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*. Paris : Economica, 1993.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- REPETTO, Raul. *Control de constitucionalidad de la ley*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969.
- REVORIO, Francisco. *Valores superiores y actividad interpretativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- RIBEIRO, Renato. *A última razão dos reis*. São Paulo: Cia. das Letras, 1993.
- RICOEUR, Paul. *Do texto à ação: ensaios de hermenêutica II*. Porto: RÉ-S-Editora, 1989.
- ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006.
- ROUSSEAU, Dominique. *La justice constitutionnelle en Europe*. Paris: Montchrestien, 1992.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- SARLET, Ingo, (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SCHNEIDER, Hans. *Democracia y constitución*. Madrid: Centro de estudios constitucionales. 1991.
- SHAPIRO, Martin, et al.. *On law, politics & judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002.
- SORRENTI, Giusi. *L'interpretazione conforme a Costituzione*. Milano: Giuffrè, 2006.
- SOTO, M. C. Blasco. *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1995.

STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TRIBE, Laurence. *The invisible constitution*. New York: Oxford University Press, 2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TROPER, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Madrid: Dykinson, 2001.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University Press, 2000.

_____ *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

_____ *I dissent*. Boston: Beacon Press, 2008.

VEDEL, Georges. *Droit Constitutionnel*. Paris: Sirey, 1984.

VEGA, Augusto de la. *La sentencia constitucional en Itália*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos, vol. I*. Brasília: IBET: 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna: Società editrice il Mulino, 1977.

_____ *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2008.

PERIÓDICOS IMPRESSOS

BITTENCOURT, Lucio. *A interpretação como parte integrante do processo legislativo*. In: Revista do serviço público, ano V, vol. IV, nº. 3, dez. 1942.

CLÉVE, Clémerson. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. In: Revista de direito constitucional e internacional, ano 14, n. 54, janeiro-março, 2006

COELHO, Inocêncio. *Jurisdição constitucional e criação judicial do direito: estado constitucional do direito ou estado judicial de direito?* In: Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal, n. 07, p. 169-186, 2002.

LLORENTE, Rubio. *La Corte costituzionale italiana*. In: Cuadernos del Instituto de Estudios Políticos, Caracas: Universidad central de Venezuela, 1966.

SARLET, Ingo. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*, In: Interesse Público 12:102, 2001.

SEGADO, Francisco. *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*. In: Revista Direito Público, ano I, nº 2, out./dez. 2003.

_____ “*Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges*”. *Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)*. In: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 1^{er} semestre. Madrid: UNED, 2007.

ARTIGOS EM MEIO ELETRÔNICO

AGNOLETTO, Chiara. *Gli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale sugli atti amministrativi e processuali penali*. Disponível em: <http://www.tesionline.com/intl/preview.jsp?id=21208>, acesso em 14.10.2008.

BIN, Roberto. *L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge*. Disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/bin.html>, acesso em: 26.04.2009.

BOGNETTI, Giovanni. *Por una storia autentica e integrale della Costituzione repubblicana e della sua evoluzione*. Disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200210/bognetti.html>, acesso em 18.10.2008.

CARBONELL, Miguel. *La división de poderes y las Fuentes del derecho em México: algunas reflexiones*. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr20.pdf>, acesso em: 14.10.2008.

CERRI, Augusto. *Concezioni proceduralistiche e concezioni sostanzialistiche della Costituzione nel prisma della giurisprudenza costituzionale*. Disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200210/cerri.html>, acesso em 14.10.2008.

CHESSA, Omar. *La teoria costituzionale dopo lo “Stato de partiti”*. Disponível em: <http://www.dirittoestoria.it/4/Contributi/Chessa-Teoria-costituzionale-Stato-di-partiti.htm>, acesso em 02.10.2008.

COSTANZO, Pasquale. *Legislatore e Corte costituzionale: uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in matéria di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*. Disponível em: <http://www.giurcost.it/org/studi/CostanzoLanzarate.htm>, acesso em 21.12.2008.

CRISAFULLI, Vezio. *Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes*. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1pdf/14.%20Vezio%20Crisafulli.pdf>, acesso em: 25.03.2009.

DI GIOVINE, Alfonso. *Le tecniche del costituzionalismo del '900 per limitare la tirannide della maggioranza*. Disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/tecniche_costituzionalismo/index.html, acesso em: 03.11.2008.

FERRER, Anita. *La declaratoria de inconstitucionalidad de oficio*. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/4/cnt/cnt6.pdf>, acesso em: 03.04.2009.

GARGARELLA, Roberto. *Crisis de representación y constituciones contramayoritarias*. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15610>, acesso em: 09.01.2008.

JÚNIOR, Nobre. *Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo*. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_170/R170-08.pdf, acesso em 14.10.2008.

KLARMAN, Michael. *Brown and Lawrence (and Goodridge)*. Disponível em: <http://www.michiganlawreview.org/archive/104/3/Klarman.pdf>, acesso em: 10.12.2008.

MANGIAMELI, Stelio. *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*. Disponível em <http://www.giurcost.it/org/studi/mangiameli.htm>, acesso em: 22.12.2008.

MENDES, Gilmar. *A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo no direito brasileiro*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, jan./mar., 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-13-JANEIRO-2008-ILMAR%20MENDES.pdf>, acesso em 02.04.2009.

MODUGNO, Franco. *Alcune riflessioni a margine della ricerca su "il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali - anni 200-2005"*. Disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia_costituzionale/modugno.html, acesso em: 03.11.2008.

ÖHLINGER, Theo. *La legittimazione del sindacato di costituzionalità delle leggi*. Disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/ohlinger.html>, acesso em 1º.05.2009.

PACZOLAI, Péter. *Legittimità costituzionale, interpretazione del diritto e il rapporto fra la Corte Costituzionale e la magistratura*. Disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/paczolay.html>, acesso em: 02.01.2009.

PARODI, Gianpaolo. *Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale*. Disponível em: http://www.cahiers.org/new/htm/articoli/parodi_lacune.htm, acesso em 14.10.2008.

PINELLI, Cesare. *Diritto, legge, costituzione. Variazioni sul tema*. Disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200210/pinelli.html>, acesso em: 09.03.2009.

PINTORE, Anna. *I diritti della democrazia*. Disponível em: <http://dinomaiorca.altervista.org/dirittidemocrazia.htm>, acesso em 05.09.2008.

PIZZORUSSO, Alessandro. *La problemática delle fonti del diritto all'inizio del XXI° secolo*. Disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/fonti_ventsecolo/index.html, acesso em: 10.11.2008.

PRAELI, Francisco. [Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del tribunal constitucional](#). Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/343/10.pdf>, acesso em: 24.09.2008.

RESCIGNO, Giuseppe. *Sovranità del popolo e fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli e Livio Paladin*. Disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/20030619_padova/rescigno.html, acesso em: 08.11.2008.

ROLLA, Giancarlo, et al.. *Tra politica e giurisdizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia*. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/2/art/art5.htm>, acesso em: 10.12.2008.

ROMBOLI, Roberto. *El control de constitucionalidad de las leyes en Itália*. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/4/est/est7.pdf>, acesso em 14.08.2008.

_____ *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*. Disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia_costituzionale/romboli.html, acesso em: 09.11.2008.

_____ *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*. Disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/fontidiritto/romboli/interpretazionelegge.html>, acesso em: 08.11.2008.

ROSELLI, Frederico. *Sui contrasti giurisprudenziale*. Disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200210/roselli.html>, acesso em: 05.10.2008.

ROSENFELD, Michel. *Lo stato di diritto e la legittimitá della democrazia costituzionale*. Disponível em: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2004_n4/mono_M_Rosenfeld.pdf, acesso em: 14.09.2008.

ROUSSEAU, Dominique. *La legittimità del controllo di costituzionalità delle leggi.* Disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/rousseau.html>, acesso em: 09.01.2008.

RUGGERI, Antonio. *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione.* Disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/teoria_generale/ruggeri2.html, acesso em 25.11.2008.

_____ *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretaione costituzionale.* Disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/teoria_generale/ruggeri2.html, acesso em: 06.12.2008.

SCHEFOLD, Dian. *L'interpretazione conforme alla Costituzione.* Disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/schefold.html>, acesso em 25.12.2008.

SORRENTINO, Federico. *Brevi riflessioni su sovranità popolare e pubblica amministrazione.* Disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/20030619_padova/doc/sorrentino.doc, acesso em: 7. 02. 2009.

STANZIONE, Marco. *Il vincolo do giudicato costituzionale.* Disponível em: <http://www.overlex.com/leggiarticolo.asp?id=1795>, acesso em 14.10.2008.

STARCK, Christian. *Creazione giudiziale del diritto rispetto alla formulazione del dispositivo (Tenorierung) e all'efficacia delle sentenze sul controllo di costituzionalità delle norme.* Disponível em: <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/Starck.html>, acesso em 16.01.2009.

VALE, André do. *Intercâmbio e cooperação internacional entre órgãos de jurisdição constitucional.* Disponível em: <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/352/387>,a cesso em 04.12.2008.