



Anna Corrêa Medrado

O papel do Juiz na realização da Constituição: o político e o jurídico nas decisões jurídico-constitucionais.

Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas – Menção em Direito Constitucional apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Orientadora: Professora Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz

Dezembro/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Anna Corrêa Medrado

O papel do Juiz na realização da Constituição: o político e o jurídico nas
decisões jurídico-constitucionais

The role of the judge in the realization of the Constitution: the political and
the juridical in the juridical-constitutional decisions

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º
Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao
grau de Mestre), na Área de Especialização em
Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito
Constitucional

Orientadora: Ana Raquel Gonçalves Moniz

Coimbra, 2017

AGRADECIMENTOS

A meus pais, Nelson e Socorro Medrado, por todo o amor, incentivo e suporte. Essa jornada for por vocês e graças a vocês.

Aos meus irmãos, Raphael e Nelson, por estarem sempre presentes, pelas palavras de conforto e por acreditarem sempre em mim.

Aos meus amigos de Belém, que mesmo à distância, se fizeram presentes em minha vida.

A Maira Gerhardt e Luisa Nami que me acolheram, acreditaram e dividiram essa experiência comigo. Obrigado por todos os momentos, Coimbra foi tão especial porque eu tive vocês ao meu lado.

Aos demais amigos que Coimbra me deu, obrigado por fazerem desta cidade um segundo lar para mim e por dividirem comigo todas as angústias e vitórias desta jornada.

Aos professores da faculdade de direito da Universidade de Coimbra, em especial a minha orientadora, Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz, obrigado pela paciência, pela orientação e pelos ensinamentos transmitidos ao longo desta jornada.

“We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is, and the judiciary is the safeguard of our liberty and of our property under the Constitution”.

Charles Evans Hughes

RESUMO

O presente trabalho objetivou contribuir para a análise das relações entre os aspectos jurídicos e políticos inerentes ao direito constitucional, sobretudo no âmbito da justiça constitucional, de modo que buscou-se compreender, então, a influencia política presente nas ações da justiça constitucional, isto é, no controle de constitucionalidade e das decisões jurídico-constitucionais, averiguando também a função do juiz constitucional na ponderação entre esses dois aspectos. Nesse sentido, dividiu-se o trabalho em duas partes, a primeira dedicada a analisar os aspectos políticos inerentes a justiça constitucional, bem como a função desempenhada pelo juiz constitucional na mesma. A segunda foi dedicada a realização da constituição e as designações do juiz constitucional enquanto interprete oficial e guardião do texto constitucional, abordando as problemáticas inerentes a este tema. Utilizando como fundamento a teoria formulada por Ronald Dworkin acerca da *leitura moral da Constituição*, justificou-se a legitimidade da efetuação do controle de constitucionalidade pela justiça constitucional, bem como uma interpretação extensiva do texto constitucional em virtude da defesa dos princípios constitucionais.

Palavras-chave: juiz constitucional; justiça constitucional; interpretação constitucional; leitura moral da constituição; controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

The present work aims to contribute to the analysis of the relationship between the juridical and political aspects inherent to constitutional law, especially in the scope of constitutional justice, in order to understand the political influence present in the actions of constitutional justice, that is, in the control of constitutionality and juridical-constitutional decisions, also investigating the role of the constitutional judge in the weighting between these two aspects. In this sense, the work was divided into two parts, the first dedicated to analyzing the political aspects inherent in constitutional justice, as well as the role played by the constitutional judge in the same. The second was dedicated to the realization of the constitution and the designations of the constitutional judge as an official interpreter and guardian of the constitutional text, addressing the issues inherent to this theme. Using Ronald Dworkin's theory of the moral reading of the Constitution as justification, the legitimacy of the constitutional justification for constitutional justice was justified, as well as an extensive interpretation of the constitutional text in virtue of the defense of constitutional principles.

Keywords: constitutional judge; constitutional justice; constitutional interpretation; moral reading of the constitution; constitutionality control.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. - Artigo

CC – Conselho Constitucional Francês

CF – Constituição Francesa

CFB – Constituição Federal Brasileira

CRP – Constituição da República Portuguesa

STF – Supremo Tribunal Federal Brasileiro

TCE – Tribunal Constitucional Espanhol

TCF – Tribunal Constitucional Federal da Alemanha

TCI – Tribunal Constitucional Italiano

TCP – Tribunal Constitucional Português

Índice

Introdução	10
Parte 1 – O papel do juiz na justiça constitucional.....	14
1.1 A premissa da Supremacia Constitucional e suas limitações	17
1.2 A diferença entre justiça e jurisdição constitucional.....	20
1.2.1 O problema da legitimação da jurisdição constitucional	21
1.3 O juiz constitucional e suas competências	23
1.3.1 Competências juiz constitucional	26
1.4 O juiz enquanto guardião da norma constitucional	35
1.5 Controle de Constitucionalidade e suas principais espécies	39
1.5.1 O guardião da Constituição e a querela entre H. Kelsen e C. Schmitt.....	42
1.5.2 O modelo difuso (ou modelo norte-americano)	44
1.5.3 A instituição tardia da Justiça Constitucional na Europa e o modelo concentrado (ou modelo Austríaco) de controle de constitucionalidade	46
1.5.4 Os demais modelos híbridos.....	49
Parte 2 – A realização da Constituição pelo juiz constitucional	51
1.6 O juiz enquanto intérprete da norma constitucional.....	55
1.7 A realização da constituição.....	59
1.8 A questão jurídico-constitucional.....	64
1.8.1 Construção.....	67
1.8.2 Concretização	69
1.8.3 Aplicação	71
1.9 Métodos de interpretação constitucional	72
1.9.1 Hermenêutico-clássico.....	73
1.9.2 Tópico-problemático.....	74
1.9.3 Hermenêutico-concretizador	75
1.9.4 Científico-espiritual.....	75
1.9.5 Normativo-estruturante.....	76
1.9.6 Comparativo.....	77
1.10 Princípios de interpretação constitucional	78
1.11 O político e o jurídico nas decisões jurídico-constitucionais	82
1.12 Limites interpretativos e mutação constitucional	89
Conclusões	94

Referências Bibliográficas 98

Introdução

Em tempos de globalização, de Estados Democráticos e de sociedades cada vez mais plurais e integradas, cabe refletir acerca dos dispositivos constitucionais, bem como refletir acerca dos aspectos que influenciam a compreensão daquela que é chamada de norma fundamental do Estado.

Para tal, é fundamental estudar acerca da figura do juiz, sobretudo dos juízes constitucional, uma vez que estes possuem ligação direta com o texto constitucional, sendo os responsáveis pela determinação daquilo que condiz ou não com os preceitos dispostos na Constituição, além de serem usualmente denominados como o “guardião da Constituição” ou então interprete oficial da mesma.

Sabe-se da importância da figura do juiz para a resolução de conflitos jurídicos e da importância do juiz constitucional para a proteção e concretização dos direitos e dos princípios constitucionais. Todavia, nunca é demais ressaltá-la. Para tal, far-se-á uso das palavras de Charles Evans Hughes¹, antigo Chief Justice da Suprema Corte Norte-Americana, ao afirmar que vivemos sob uma Constituição, mas a Constituição é aquilo que o juiz diz que ela é. Nessa esteira, é possível também reproduzir o expresso por Calamandrei: “O juiz é o direito tornado homem. Na vida prática, só desse homem posso esperar a proteção prometida pela lei sob uma forma abstrata.”².

Nesse sentido, a problemática norteadora do presente trabalho busca determinar o campo de atuação dos juízes constitucionais, vem como a influência dos aspectos políticos nas decisões proferidas por estes. Desta forma, buscar-se-á responder os seguintes questionamentos: Qual a função do juiz constitucional na justiça constitucional? E quais os fatores *intra* e *extra* textuais a serem considerados por ele no momento de realização da Constituição?

Diante destes questionamentos, portanto, buscar-se-á estabelecer os limites a serem considerados pelos juízes constitucionais no momento de interpretar a aplicar a norma

¹ Discurso perante a Câmara de Comércio, Elmira, Nova York (3 maio 1907), publicada no "Addresses and Papers of Charles Evans Hughes", governador de Nova Iorque, 1906-1908 (1908), p. 139.

² CALAMANDREI, Piero; DE PAULA, Ivo. Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados. Editora Pillares, 1971.

constitucional, respeitando os critérios estabelecidos pela questão jurídico-constitucional, bem como o aspecto político presente nas relações jurídico-constitucionais.

Aproximando-se da teoria Kelseniana do juiz como um “legislador negativo”, na qual o autor expõe a compreensão do juiz enquanto guardião da norma constitucional, é possível, então, compreender mais claramente o sentido da afirmação de que: a função do juiz não é somente jurisdicional, mas também composta por uma vertente política.

Por esta razão é que se tem falado muito em *judicialização*, que, nada mais é, do que a resolução pelo Poder Judiciário de questões com grande impacto político e social³, isto é, o Poder Judiciário, e, portanto, os juízes e tribunais, buscando uma resolução para questões que, a priori, seriam incumbidas aos demais Poderes, Legislativo e Executivo⁴.

Esse fenômeno, discutido por diversos doutrinadores, é de fundamental relevância para a discussão proposta, uma vez que é necessário compreender plenamente o papel do juiz constitucional a fim de entendermos os limites desta judicialização, isto é, a amplitude da função política do juiz, bem como o entrelaçamento desta função com a sua função originária, a da jurisdição constitucional.

Deste modo, buscou-se analisar a relevância do juiz constitucional, enquanto guardião da Constituição e enquanto agente-realizador das regras e princípios previstos na norma fundamental. Assim, objetivou-se analisar também, a influência dos aspectos político-sociais inerente as relações constitucionais.

Para tal efetivou-se uma pesquisa bibliográfica a fim de cumprir com o objetivo supramencionados, bem como tornou-se necessário abordar outros aspectos relacionados ao tema.

Nesse sentido, e para uma compreensão mais adequada do tema proposto no presente trabalho, é imprescindível compreender o entrelaçamento entre o jurídico e o político em amplo aspecto, isto é, os aspectos políticos que permeiam a justiça constitucional. Bem como

³BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. IN: Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 2009, 13: 17-32.

⁴ Canotilho fala sobre *uma judicialização* da política, que, nas palavras do autor, é “a dilatação do raio de ação dos tribunais e dos juízes com a consequente alteração das competências decisórias do legislativo e do executivo(...)”. Assim, é possível concluir que ambos os termos referem-se ao mesmo fenômeno: o da intervenção, cada vez mais presente, do Judiciário em questões majoritariamente políticas e sociais. Nesse sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. Um Olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política e a Politicização da Justiça. Conferência Proferida no Supremo Tribunal de Justiça. Lisboa, 26 de abril de 2007, p.18.

abordar a figura do juiz constitucional, determinando quais as suas competências, qual deverá ser seu posicionamento enquanto guardião dos direitos e garantias postulados na Constituição e enquanto interprete da mesma. Além de esclarecer como decorre o processo de interpretação constitucional e os limites do mesmo, isto é, qual o caminho a ser seguido quando se visa a resolução de uma questão jurídico-constitucional, as metodologias e princípios propostos pela doutrina.

Para tal, dividiu-se o presente trabalho em dois momentos. Primeiramente, buscar-se-á obter uma adequada compreensão da função do juiz constitucional na justiça constitucional.

Assim, a primeira parte do trabalho foi dedicada a compreensão dos componentes que integram a justiça constitucional, bem como a relevância do juiz constitucional enquanto agente da mesma. De início foi abordado o princípio da supremacia constitucional, tendo em vista que esta é a premissa basilar da justiça constitucional, visto que, foi a partir da consolidação da supremacia constitucional que se pode estabelecer a justiça constitucional.

Por conseguinte, distinguiu-se a justiça da jurisdição constitucional, a fim de evitar confusões entre o que se pode compreender por elas, bem como abordar a querela doutrinária acerca da legitimidade da jurisdição constitucional. A seguir, tratou-se de estabelecer as competências dos juízes constitucionais, para tal, realizou-se um comparativo entre as Constituições de alguns Estados a fim de traçar as mais recorrentes, estabelecendo assim, m consenso entre quais eram as funções fundamentais de um juiz constitucional.

Para mais, dedicou-se ao estudo do controle de constitucionalidade, enquanto principal função dos juízes constitucionais. Nesse sentido, abordou-se a função do juiz constitucional enquanto guardião da norma constitucional, a querela existente entre H. Kelsen e C. Schmit acerca da natureza do órgão designado a proteção das garantias constitucionais, bem como as espécies de controle de constitucionalidade.

A segunda parte do trabalho foi voltada para a realização da constituição e para a delimitação da influência dos aspectos políticos inerentes ao texto constitucional nas decisões jurídico-constitucionais.

Dedicou-se então a estabelecer a função do juiz enquanto interprete oficial da constituição, isto é, as problemáticas pertinentes a esta competência, tais como a relação do

texto constitucional com os documentos internacionais. A seguir, buscou-se compreender o que corresponde a tarefa de realização da constituição.

Ademais, buscou-se indicar o que é entendido por questão jurídico-constitucional, bem como as etapas que levam a resolução da referida, nomeadamente, a construção, concretização e aplicação.

A seguir, examinou-se os aportes hermenêutico-metodológicos, que funcionam como diretrizes para a interpretação constitucional. Nesse sentido, expôs-se, primeiramente, os métodos de interpretação constitucional, para, em seguida, analisar os princípios próprios de interpretação constitucional.

Passou-se então a analisar a influência dos aspectos políticos inerentes a Constituição nas decisões jurídico-constitucionais. Para tal, utilizou-se como fundamento a chamada *leitura moral da Constituição* formulada por Ronald Dworkin, na qual o autor constata que, em virtude da abstração de alguns princípios constitucionais é necessário que o interprete faça uma leitura moral, aproximando, assim, o texto da norma e a questão jurídico-constitucional que se busca responder.

Por fim, analisou-se os limites da interpretação, bem como o que compreende pelas mudanças informais da constituição, isto é, nas chamadas mutações constitucionais, quando ocorre a mudança na forma como se interpreta o texto constitucional.

Parte 1 – O papel do juiz na justiça constitucional

A fim de buscar compreender o entrelaçamento entre o jurídico e o político nas decisões jurídico-constitucionais, é necessário compreender primeiramente o relacionamento entre o político e o jurídico⁵ no direito constitucional, especificamente no contexto da justiça constitucional, sobretudo por este ser o âmbito em que decorrem as decisões jurídico-constitucionais. Ademais, é necessário também, caracterizar a figura do juiz constitucional expondo seu papel na justiça constitucional e quais as funções usualmente atribuídas a ele.

Desse modo, é imperioso que, para que se possa falar em Justiça Constitucional seja determinado o que se compreende por este tema. Tal definição se faz necessária por se tratar de um assunto muito amplo, o que faz com que a maioria das propostas de conceituação se tornem demasiadamente vagas⁶. Seguindo os passos de Urbano, apontaremos o conceito fornecido pelo professor Aragón Reyes, que propõe a justiça constitucional como sendo “a totalidade da atividade judicial de aplicação da Constituição, seja ela realizada por tribunais especializados ou por tribunais ordinários, e seja ela praticada de maneira centrada ou difusa”⁷.

Este conceito admite perceber a justiça constitucional como não só a atividade de controle de constitucionalidade a ser realizada, sua atribuição mais recorrente, mas também elucidar as outras habilidades de competência a justiça constitucional, tais quais resolução de conflitos entre órgãos estatais, as competências relativas ao Presidente da República e o controle dos partidos políticos.

⁵ Nesse sentido, Bastos disserta que: “De outra parte há que se constatar a pretensão do direito em traçar as regras sobre as quais se deve dar o jogo político. Isto não significa, entretanto, que o direito acabe com a política. Esta, é obvio, continua a existir mesmo debaixo do Estado Constitucional. O direito é, na verdade, uma moldura dentro da qual se considera aceitável o jogo político.” BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. Malheiros editores, 2010, p.40.

⁶ Urbano afirma que: “não existe um conceito unívoco e consensualmente aceite” e que, por este motivo, é muito difícil compreender no que consiste o termo “Justiça Constitucional”. URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional. Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2012, p. 11.

⁷ ARAGÓN REYES, Manuel. Estudios de derecho constitucional. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1998, APUD URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional. Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2012, p.12.

Outro conceito a ser destacado é o fornecido por Alves Correia⁸, em que ele define a justiça constitucional como “(...) a parte do direito constitucional que tem como objeto o estudo do conjunto dos órgãos, processos e técnicas de fiscalização jurisdicional da observância das regras e princípios constitucionais pelos órgãos detentores do poder normativo público, em especial pelo legislador(...)”. Isto é, o autor em questão propõe a visão da justiça constitucional de maneira mais abstrata e, portanto, abrangente, uma vez que, a partir do referido conceito, o autor considera como questões de justiça constitucional a adequação de tratados internacionais, bem como a transposição de acordos internacionais e o diálogo judicial com a jurisprudência dos principais tribunais internacionais.

É necessário destacar, o conceito fornecido pelo Prof. André Ramos Tavares⁹ no qual ele justifica a amplitude da expressão em razão das diversas temáticas que englobam o tema da garantia constitucional, perpetuadas na concepção global de justiça constitucional.

Há de se falar também no conceito proposto por Canotilho, no qual ele define a Justiça Constitucional como o conjunto de “atividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas vigentes”¹⁰.

A partir dos conceitos expostos, é possível obter uma compreensão do que pode ser entendido por justiça constitucional. De forma que também é possível compreender a crítica realizada por Urbano, ao ressaltar a vagueza e demasiada abrangência dos conceitos fornecidos pela doutrina acerca da justiça constitucional.

Alves Correia considera ser de competência da justiça constitucional a importante tarefa de *concretizar e desenvolver* o direito constitucional¹¹, assim, na visão do autor, é graças a Justiça Constitucional, e aos seus contributos, que o direito constitucional alcançou sua forma atual. Isto se dá em razão do fato da justiça constitucional ser a responsável pela jurisdição constitucional, e, por conseguinte, ser àquela capaz de solucionar os problemas

⁸ CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016.

⁹ “Portanto, o conceito de justiça constitucional é amplo, e nele se abrigam temáticas que circundam a ideia de garantia da Constituição, incluindo o problema da legitimidade democrática, da natureza do órgão de controle, o estudo de sua origem, sua organização, seu funcionamento, os elementos do juízo de inconstitucionalidade, a tipologia de suas decisões e, por fim, suas finalidades fundamentais.” TAVARES, André Ramos. *Jurisdição Constitucional*. In: DIMOULIS, Dimitri (ed.). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 2007.P. 394-396.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p.892.

¹¹ Cf. Correia, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Op. Cit., p.25

jurídico-constitucionais, sejam eles em relação à interpretação da Constituição, à aplicação dos princípios implícitos ou explícitos no texto constitucional e até em relação ao controle de constitucionalidade das normas e atos ordinários.

O mesmo autor aponta ainda três princípios do constitucionalismo moderno que estão intrinsecamente ligados à compreensão de justiça constitucional e que fariam o papel de preceitos da justiça constitucional.

O primeiro sendo a concepção normativa da Constituição como lei maior ou lei suprema do Estado, a norma jurídica presente no topo do ordenamento jurídico vigente. O segundo, correlacionado ao primeiro, apresenta a ideia da Constituição como “parâmetro de validade de todos os atos do poder público”, isto é, todas as normas devem respeitar o conteúdo disposto na Constituição. O terceiro, e último, princípio aponta a Constituição como uma garantia judicial, adotando a teoria de H. Kelsen e afirmando que compete exclusivamente a um tribunal específico a tarefa de “Guardião da Constituição”, criado especificamente para esta função, e situado fora da ordem judiciária comum e composto por juízes escolhidos de maneira especial e diferente dos magistrados ordinários.

Ainda, há de se falar, mais a frente neste capítulo, acerca da dicotomia existente em relação à origem do órgão que deve realizar a função de “guardião da constituição”. Neste ponto, há uma divergência entre o pensamento de Hans Kelsen e Carl Schmitt, em relação a quem pertenceria a legitimidade para tratar da justiça constitucional.

Nesse sentido, dever-se-á destacar que os dois primeiros preceitos estão relacionados ao princípio da supremacia da constituição, que, como veremos a seguir, atua como fundamento para a concepção de justiça constitucional, sobretudo em razão da noção da constituição como norma suprema, como topo do ordenamento jurídico e lei-maior. Tal superioridade deve ser constantemente ressaltada para a compreensão da justiça constitucional por se tratar principalmente de um campo que trabalha em favor da manutenção da ordem e unidade do ordenamento jurídico.

É necessário abordar também a diferença entre justiça e jurisdição constitucional, para evitar futuras confusões sobre o tema, bem como compreender mais acerca dos dois temas e da ligação vital existente entre os mesmos. Ademais, faz-se mister a explanação da divergência doutrinária existente acerca da legitimidade democrática pertinente a referida jurisdição.

Por conseguinte, será abordado o papel exercido pelo juiz constitucional na justiça constitucional. Isto é, caracterizar-se-á sua função, a relevância do referido agente para a realização e concretização da norma constitucional, bem como as principais competências usualmente atribuídas a ele.

Ademais, versar-se-á a respeito do juiz enquanto guardião da Constituição. Isto é, a forma de atuação enquanto protetor dos preceitos constitucionais, bem como o fenômeno do ativismo judicial.

Para mais, abordar-se-á, também, o controle de constitucionalidade, a querela doutrinária existente acerca da criação (ou não) de um tribunal específico para questões constitucionais e as suas espécies, como o controle político, judicial ou misto e os principais modelos de controle, sendo eles o americano, o austríaco e o francês.

1.1 A premissa da Supremacia Constitucional e suas limitações

Inicialmente, faz-se necessário ressaltar a importância do princípio da supremacia da Constituição para o âmbito da justiça constitucional. Isto é, antes de adentrarmos as problemáticas inerentes a este âmbito do direito constitucional, deve-se compreender a origem e a amplitude deste princípio, sobretudo em razão dele ser peça fundamental na consolidação da justiça constitucional.

O referido princípio surgiu concomitantemente ao constitucionalismo moderno¹², isto é, durante a gênese do Liberalismo estadunidense¹³ e, conseqüentemente, a queda dos

¹² “O constitucionalismo moderno sustenta a limitação jurídica do poder do Estado em favor da liberdade individual. Ele surgiu na Modernidade, como forma de superação do Estado Absolutista, em que os monarcas não estavam sujeitos ao Direito – eram *legibus solutos*. Alguns desenvolvimentos históricos foram essenciais para o surgimento do constitucionalismo moderno, como a ascensão da burguesia como classe hegemônica; o fim da unidade religiosa na Europa, com a Reforma Protestante; e a cristalização de concepções de mundo racionalistas e antropocêntricas, legadas pelo iluminismo.”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.197.

¹³ O Liberalismo é a corrente que preza pelos chamados “direitos naturais”, isto é, direitos e liberdades básicas. “Os direitos naturais eram invocados para limitar o exercício do poder político, estabelecendo esferas de liberdade individual protegidas contra o arbítrio eventual das autoridades públicas. Quando, com as “revoluções burguesas”, o liberalismo tornou-se a ideologia vitoriosa, os direitos passaram a ser previstos expressamente nas declarações de direitos e nas constituições”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Op. Cit., p.35. Para mais, cf. BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. São Paulo: Malheiros, 2011; e SALDANHA, Nelson. Liberalismo e Estado liberal. Revista Forense , v. 81, n. 291, p. 93. Cumpre destacar, que deseja-se referir ao liberalismo ocorrido na América do Norte, e que diferencia-se do modelo liberalista francês.

Estados absolutistas. Em meio a isso surge a ideia da supremacia da norma constitucional perante as demais normas, como uma forma de proteção as garantias prescritas na lei-maior.

Como fundamento a este princípio encontram-se duas concepções formulados neste período, a distinção entre poder constituinte e poder constituídos¹⁴ e a classificação das Constituições em rígidas¹⁵ ou flexíveis¹⁶. A correlação entre estes parâmetros e a primazia da norma constitucional é perceptível primeiramente em razão da diferenciação entre poder constituinte, que gera a Constituição (e possui maior liberdade de atuação), e poder constituído, que é derivado do primeiro (e, portanto, possui um campo de atuação mais limitado). Quanto a rigidez constitucional, os países que optam por uma Constituição rígida, possuem um processo mais complicado para a revisão das normas constitucionais, o que supõe que, as referidas normas, possuem uma estabilidade maior que as normas ordinárias¹⁷.

Em suma, percebe-se que “a supremacia da Constituição é tributária a ideia de superioridade do poder constituinte sobre as instituições jurídicas vigentes. Isso faz com que o produto de seu exercício, a Constituição, esteja situado no topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade de todas as demais normas”¹⁸. O que permite-nos fazer um paralelo com a ideia de Kelsen de uma ordem jurídica escalonada, estando a Constituição no topo da referida ordem¹⁹.

¹⁴ Emmanuel Joseph Sieyès foi o primeiro autor a estabelecer uma diferenciação entre poder constituinte e poder constituído. O autor constatou que não há limitações jurídicas ao poder constituinte, e que um Constituição não seria um dado, mas sim uma criação, enquanto que as demais leis e atos normativos derivam de um poder constituído, e mais limitado que o poder constituinte. Para mais cf. SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?*. Liber Juris, 1988.

¹⁵ Fala-se em Constituições rígidas quando o processo de reforma, isto é, de alteração do texto constitucional é mais complexo do que o processo de alteração de uma lei infraconstitucional. Sobre o tema Mendes preleciona: “A rigidez é atributo que se liga muito proximamente ao princípio da supremacia da Constituição. A supremacia fixa o *status* hierárquico da Constituição no conjunto de normas do ordenamento jurídico.” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.P. 76.

¹⁶ As Constituições flexíveis são aquelas que possuem um processo de reforma mais simplificado, semelhante ao processo de alteração das normas infraconstitucionais. Para mais, cf. *ibidem*, p. 76.

¹⁷ Sobre o tema Enterría preleciona: “... en la medida em la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia...o duración..., lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos...”. DE ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas, 1982.p. 50.

¹⁸ Barroso, interpretação e aplicação da Constituição. Op. Cit. P.168.

¹⁹ “Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. (...) A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da

Partindo deste pressuposto (da Constituição como norma fundamental – ou norma de fundamento – que atua como critério de validade para as demais normas) é possível compreender a relevância do princípio da supremacia constitucional, sobretudo no que compete ao controle de constitucionalidade, que nada mais é do que a aferição da validade das demais normas jurídicas utilizando a Constituição como critério. Assim, uma norma ou ato jurídico só pode ser considerado válido se for constatado que o mesmo não é contrário a nenhum preceito ou dispositivo presente no texto constitucional.

Ainda que, no contexto atual, a ideia de uma ordem jurídica escalonada esteja ultrapassada²⁰, a primazia constitucional continua uma constatação, sobretudo no que tange a justiça constitucional e ao controle de constitucionalidade.

Garcia de Enterría²¹ atribui ao constitucionalismo norte-americano a ideia de supremacia constitucional, que, junto ao sistema federativo, foram as maiores inovações em relação a tradição inglesa que o originou. De fato, a *supremacy clause* presente na Constituição Estadunidense de 1787²² foi uma inovação, contudo, o referido dispositivo apenas estabelecia o controle de constitucionalidade, que até o momento não se encontrava prescrito na Constituição.

Nota-se que o controle de constitucionalidade é o meio de atuação da supremacia constitucional, uma vez que é através do primeiro que se faz valer a premissa mencionada. Nesse sentido, é possível compreender o princípio da supremacia constitucional como

conexão de dependência que resulta do fato da validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nesses termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais.”. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra, Armêdio Amado, 1979, p. 246-247.

²⁰ Teorias como a do *transconstitucionalismo* e do *interconstitucionalismo* tem constatado que o Direito tem se tornado cada vez mais pluralista e horizontal, sobretudo em relação a crescente interação entre diferentes ordens jurídicas. Para mais cf. NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. WMF Martins Fontes. São Paulo, 2009; e, PIRES, Francisco Lucas. Introdução ao Direito Constitucional Europeu, Coimbra: Almedina 1997.

²¹ DE ENTERRIA, Eduardo Garcia. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Editorial Civitas, 1982.p. 50-55.

²² O artigo 6º, 2, da referida constituição ficou conhecido por *supremacy clause* e dispunha do seguinte texto: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all the Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding.”.

fundamento para a justiça constitucional, tendo em vista que, como visto no início deste capítulo, o controle de constitucionalidade compõe grande parte da atuação da justiça constitucional, bem como é perceptível que o mencionado pressuposto atua também como uma forma de limitação ao poder político, uma vez que a superioridade constitucional implica também em uma maior segurança e inviolabilidade aos direitos ali prescritos.

Faz-se necessário então compreender as demais funções da justiça constitucional, e, sobretudo, estabelecer a distinção entre os termos justiça e jurisdição constitucional e, porque não se deve confundi-los.

1.2 A diferença entre justiça e jurisdição constitucional

Foi esclarecido que uma das principais funções da justiça constitucional é a resolução de conflitos que compreendem questões cujo cerne envolve a norma constitucional. Isto é, dentre as diversas atribuições da justiça constitucional está inserida também a resolução judicial de litígios jurídico-constitucionais. Dessa forma, compreende-se que a existência da justiça constitucional pressupõe a existência de uma jurisdição constitucional, contudo, o fato da existência de uma estar atrelada a outra não quer dizer que as duas possam ser tidas como a mesma coisa.

O termo jurisdição, do latim *juris* ("direito") e *dicere* ("dizer"), por si só implica na capacidade de um Estado ou um ente estatal de “dizer o direito”, em outras palavras, é o poder de esclarecer litígios jurídicos inerentes ao convívio em sociedade. Deste modo, a jurisdição constitucional seria, portanto, a habilidade delegada pela constituição à um órgão exclusivo, ou não, de resolver os conflitos de ordem constitucional.

Há também de se falar em jurisdição constitucional quando nos referimos à atividade de controle de constitucionalidade, sobretudo quando, dentre variadas possíveis interpretações, escolhe-se àquela mais adequada ao texto constitucional (*interpretação conforme a constituição*²³). Nesse sentido, é possível conceituar a jurisdição constitucional

²³ A interpretação conforme a constituição é um princípio interpretativo que prevê que, frente a normas polissêmicas dever-se-á dar preferência a interpretação que esteja mais de acordo com o texto constitucional, uma vez que, diante das diversas hipóteses de interpretação existem àquelas que vão de encontro a Constituição. Cumpre mencionar, ainda, que a interpretação conforme a constituição só é aplicada a normas infraconstitucionais pelo Judiciário e, em última e final instância, pelo Tribunal Constitucional (nesses casos

como: “o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição”²⁴.

Para Urbano, em razão da não existência de um conceito taxativo de justiça constitucional, é admissível tratar como matéria de jurisdição tudo aquilo que o legislador ordinário julgar ser competência de um juiz constitucional, bem como o que o constituinte tipificou expressamente na legislação constitucional. Isto posto, “a jurisdição constitucional diz respeito à atividade jurisdicional desempenhada pelos juízes constitucionais”²⁵.

1.2.1 O problema da legitimação da jurisdição constitucional

Ocorre uma discussão acerca da legitimidade pertinente à Jurisdição Constitucional, pois ela é vista por alguns doutrinadores como uma limitação à liberdade democrática. Isto é, a liberdade democrática pressupõe a vontade do povo (ou daqueles eleitos para representarem o povo) como soberana, contudo a jurisdição constitucional atua justamente como uma limitação a esse poder. Dworkin²⁶ presenteia-nos com um questionamento norteador para a compreensão deste debate, no qual ele argumenta a democraticidade da *judicial review*, pois os legisladores seriam designados pelo povo, e, os juízes, não. Assim, quando um juiz declarasse a inconstitucionalidade da lei, estaria ele contrariando a vontade popular? Já que o legislador foi designado para expressar o interesse comum daqueles que o elegeram, e o juiz não.

Nesse sentido, a atividade jurisdicional seria uma limitação à democracia ou uma garantia a proteção as minorias? Tendo em vista as minorias representariam um menor número de votos, e, portanto, teriam uma menor representação no parlamento. É possível

como uma forma de controle de constitucionalidade). Para mais Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 2010 e LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. Editora Saraiva, 2014.

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. IN: RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ 21 (2012), p.5.

²⁵ A autora fala expressamente em “juiz constitucional” em razão da existência não-obrigatória de Tribunais Constitucionais. Urbano, M. B. Curso de Justiça Constitucional. Op. Cit. P.15.

²⁶ DWORKIN, Ronald. "Equality, democracy, and constitution: we the people in court." Alberta Law Review. Vol. 28, n°2, (1989), p.324.

então compreender a atividade jurisdicional como uma forma de proteger as minorias e promover a igualdade²⁷.

Há de se falar, em duas teorias que justificam essa fundamentação democrática de jurisdição constitucional. A primeira de John Hart Ely²⁸, utiliza a justificativa de que a jurisdição constitucional funciona como uma forma de proteção às minorias, para que estas não sejam oprimidas diante da vontade da maioria. Isso se dá, de acordo com o autor, por que *“com independencia de lo abierto que sea el proceso, quienes tienen la mayor parte de los votos están en condiciones de votar para si ventajas a costa de otros, o nergarse de otras maneras a tener em cuenta sus intereses”*. De forma que, a maioria da população iria eleger a maioria das cadeiras legislativas, em detrimento da minoria que não teria o mesmo poder de voto. É nesses casos que o judiciário atuaria, como uma forma de proteção aos interesses das minorias que não conseguiram alcançar um número expressivos de representantes no legislativo.

Já a segunda teoria, fornecida por Ronald Dworkin²⁹, segue um caminho mais complexo, onde o jurista afirma que só é possível compreender a democracia caso haja participação de todos, e que os processos de decisões coletivas devem refletir, na mesma proporção, os interesses de todos os cidadãos³⁰. Quanto ao princípio majoritário, Dworkin determina que só é possível evocá-lo perante as matérias passíveis de escolha – excluindo, assim, toda a gama de direitos e liberdades previstos constitucionalmente. Desta forma Dworkin vê o trabalho do juiz constitucional como a determinação de quais os direitos do homem que se adequam no conjunto de direitos coletivos.

²⁷ Rui barbosa defende a ideia de que " A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão inaugurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria." Faculdade de Direito de São Paulo. Obras Completas de Rui Barbosa. V. 48, t. 2, 1921. p. npb

²⁸ ELY, John Hart. Democracia y Desconfianza - Una teoría del control constitucional, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, trad. Magdalena Holguín, 1997.

²⁹ DWORKIN, Ronald. "Equality, democracy, and constitution: we the people in court." Alberta Law Review. Vol. 28, n°2, (1989): 324.

³⁰ Ibidem, p.339

Souza e Brito³¹ expõe sua própria teoria, afirmando de início que o princípio da separação dos poderes não é capaz de afirmar o poder judiciário como oposto ao legislativo. Assim o autor defende que a jurisdição constitucional e a decisão da maioria são processos desenvolvidos a partir da democracia, desenvolvidas a partir de racionalidades diferentes.

Cumprido ressaltar, também, a diferenciação realizada por Dworkin a respeito de duas espécies de matéria, chamadas por ele de “*preference-sensitive*” e “*preference-insensitive*”, onde a primeira categoria engloba as matérias condizentes a preferência popular³². A partir desta separação, é possível afirmar que os juízes constitucionais estão mais habilitados a solucionar os problemas que envolvem questões de matéria “*preference-insensitive*”, enquanto que os governos e parlamentos estão mais qualificados a solucionar questões que envolvem matérias sensíveis à escolha.

Desse modo, Souza e Brito³³ conclui sua tese afirmando que “não é o objeto da norma, mas a sua estrutura como regra de comportamento, como princípio ou como política, que determina a margem de escolha do legislador subordinado”.

1.3 O juiz constitucional e suas competências

A partir das discussões realizadas até o momento acerca da Justiça Constitucional, é possível concluir a relevância do papel desempenhado pelo juiz constitucional para a realização da constituição (e da justiça constitucional).

Há também de se falar que, no contexto atual do (neo) constitucionalismo e pós-positivismo³⁴, é de extrema importância o debate pertinente ao problema metodológico, que,

³¹BRITO, José de Sousa e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. Vários autores. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coimbra: Coimbra, 1995. P.: 39-47

³² O autor exemplifica: “If the question arises whether the community should use designated funds to build a baseball stadium or an ice hockey rink, and we believe that decision ought to depend on which would be used more, a majoritarian political process seems to be the best way to discover the answer”. DWORKIN, Ronald. “Equality, democracy, and constitution: we the people in court.” Alberta Law Review. Vol. 28, n°2, (1989): P.331.

³³ BRITO, José de Sousa e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. Op. Cit., p.46.

³⁴“O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.”. BARROSO, Luís Roberto.

nas palavras de Streck³⁵, pode ser condensado em uma tríplice questão: como se interpreta? Como se aplica? E é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta constitucionalmente adequada?

Nesse sentido, cumpre destacar, também, as discussões proporcionadas por Urbano, nas quais ela questiona a relevância do juiz para a Justiça Constitucional, conduzindo-nos a conclusão de que a função do juiz não é somente interpretar a lei, como também é preciso ter em mente que o controle de Constitucionalidade sana não somente um problema de legitimidade entre democracia vs. Autocracia judicial, mas também um problema da separação dos poderes (poder legislativo/político vs. Poder judicial – ou tribunais vs. Parlamento)³⁶.

Afastando-se, portanto, da ideia concebida por Montesquieu de que os juízes seriam apenas “meras bocas que pronunciam as palavras da lei”, deve-se compreender que a função do juiz, em especial do juiz constitucional, não é meramente aplicar aquilo que consta na Constituição, principalmente, por se tratar de um texto com enunciados complexos e que é digno de apreciação específica. O ofício do juiz constitucional é também político, uma vez que é ele o responsável por realizar os ensejos do constituinte (e, também, do povo, uma vez que este último é o responsável pela escolha dos redatores da Constituição), aplicando e defendendo os direitos fundamentais e os princípios contidos no texto. Nesse sentido, compreende-se a afirmação de Zagrebelsky³⁷ de que “la figura de los jueces constitucionales estamos hablando no de un caballo de Troya para afirmar la dictadura universal de los derechos, sino de un instrumento para entender nuestras propias constituciones nacionales.”.

Há de se falar, também, nos apontamentos de Castanheira Neves sobre o tema, nos quais ele questiona a chamada “crise do juiz”. Para o autor, é necessário, primeiramente, conceituar o substantivo <<crise>>, que, para ele, refere-se à quebra de um padrão pré-existente e à necessidade da criação de um novo padrão³⁸. De modo que pode-se entender

Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, p. 1-41, 2007.

³⁵ STRECK, Lênio Luiz. Concretização de Direitos e interpretação da Constituição. IN: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005, 81: 291.

³⁶ URBANO, M. B. Curso de Justiça Constitucional. Op. Cit., p. 65.

³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. Que es ser juez constitucional?. e-libro, Corp., 2006.

³⁸ “a crise não traduz apenas o negativo circunstancial, a quebra anômica que se sofre e lamenta, mas sobretudo a consumação histórico-cultural de um sistema, a perda contextual de sentido das referências até então regulativas – o paradigma que vigorava esgotou-se, um novo paradigma se exige.”. NEVES, A. Castanheira.

por “crise do juiz”, a quebra da concepção que se tinha da função do juiz, e, portanto, a necessidade de uma reformulação deste pensamento.

Assim, Neves propõe que a superação de uma crise só poderá ser realizada por uma crítica, ou seja, “por uma reflexão fundadora de um novo sentido”. Desta maneira, ele analisa e divide os problemas que deram origem à referida crise em *estruturais ou externos* e *intencionais ou internos*.

Estes primeiros, ainda, podem subdividir-se em: *institucional*, de estruturação governal; *da legitimação decisória*; *estatutário*, referentes ao estatuto dos juízes (e.x. garantia da independência dos juízes e controle dos atos dos mesmos); e *funcional ad hoc*, este último alude à expectativa da sociedade perante os tribunais.

A partir desta leitura, percebe-se que os problemas externos não tratam da jurisdição de fato, mas sim de discussões estrangeiras ao tema. Nesse sentido, o autor determina que “os primeiros são condições, condições de possibilidade da jurisdição que se pretenda, mas no segundo estão os próprios momentos constitutivos”³⁹. Assim, há de se refletir sobre tais problemas, a fim de buscar uma superação para a referida crise.

Contudo, ao refletir sobre os ensinamentos de Neves, nota-se que os problemas estruturais possuem uma forte ligação com a função política atribuída ao juiz constitucional. É possível perceber, então, que a discussão retorna, mais uma vez, a questão de legitimidade e aos limites jurídico-políticos de atuação do juiz constitucional.

Para tal, é necessário analisarmos esta atuação sob três aspectos: as competências e a forma de seleção dos juízes constitucionais (e, portanto, dos tribunais à que eles pertencem); a função de guardião da Constituição inerente aos juízes constitucionais; e ao dever do juiz enquanto interprete oficial (ou final) da Constituição.

Nesse sentido, para a realização da primeira análise, buscou-se um contraponto entre a legislação de alguns países (nomeadamente Portugal, Brasil, Itália, Espanha, Alemanha e França), onde se analisou as semelhanças e as diferenças entre o que as Constituições dos

"Entre o Legislador a Sociedade eo Juiz ou Entre Sistema Função e Problema- Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito." Bol. Fac. Direito U. Coimbra 74 (1998): p.2.

³⁹ Ibidem, p.4.

referidos Estados delegavam aos seus respectivos tribunais constitucionais, e, portando, aos seus juízes constitucionais.

1.3.1 Competências juiz constitucional

Como referido no início do capítulo, a função do juiz constitucional é, principalmente, a realização do controle de constitucionalidade das normas, mas é impossível dizer que ela se resume a esta tarefa.

Compete ao juiz constitucional e, conseqüentemente, ao Tribunal à que ele pertence, a tarefa do controle de constitucionalidade, assim como a resolução de questões jurídico-constitucionais e a ponderação entre direitos fundamentais individuais e direitos coletivos, dentre outras matérias.

Conforme *supramencionado*, o fenômeno da *judicialização* tem agregado novas tarefas àquelas já possuídas pelos juízes constitucionais.

Para uma melhor compreensão, cumpre exemplificar as competências originárias dos juízes constitucionais de alguns países, nomeadamente, do Brasil, de Portugal, Espanha, Itália, Alemanha e França, a fim de analisar as semelhanças e diferenças entre as competências dos tribunais concernentes à jurisdição constitucional.

Em Portugal, os juízes do Tribunal Constitucional possuem sua competência definida pelo art. 223 da CRP⁴⁰. O professor Alves Corrêa⁴¹ cataloga dois grupos de competências: as *nucleares* e as *complementares*.

O primeiro grupo, das *competências nucleares*, concerne à capacidade de fiscalização de constitucionalidade em suas diversas modalidades, bem como a fiscalização de algumas formas de ilegalidade de normas jurídicas. Enquanto que as *competências complementares* referem-se às outras atribuições do TCP, como, por exemplo, às competências relativas ao mandato do Presidente da República, às relativas aos atos e processos eleitorais, às condizentes ao contencioso parlamentar, dentre outras.

Desta maneira, é possível realizar uma analogia entre a classificação proposta e os dispositivos prescritos no mencionado artigo da Constituição. Cumpre, ainda, ressaltar que as competências do TC português não se limitam ao artigo supramencionado, mas sim, que podem ser acrescidas competências através de lei *orgânica*⁴², conforme n.º 3 do art. 223 da CRP⁴³.

⁴⁰ Nestes termos:

Artigo 223.º - Competência

1. Compete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277.º e seguintes.

2. Compete também ao Tribunal Constitucional:

a) Verificar a morte e declarar a impossibilidade física permanente do Presidente da República, bem como verificar os impedimentos temporários do exercício das suas funções;

b) Verificar a perda do cargo de Presidente da República, nos casos previstos no n.º 3 do artigo 129.º e no n.º 3 do artigo 130.º;

c) Julgar em última instância a regularidade e a validade dos actos de processo eleitoral, nos termos da lei;

d) Verificar a morte e declarar a incapacidade para o exercício da função presidencial de qualquer candidato a Presidente da República, para efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 124.º;

e) Verificar a legalidade da constituição de partidos políticos e suas coligações, bem como apreciar a legalidade das suas denominações, siglas e símbolos, e ordenar a respectiva extinção, nos termos da Constituição e da lei;

f) Verificar previamente a constitucionalidade e a legalidade dos referendos nacionais, regionais e locais, incluindo a apreciação dos requisitos relativos ao respectivo universo eleitoral;

g) Julgar a requerimento dos Deputados, nos termos da lei, os recursos relativos à perda do mandato e às eleições realizadas na Assembleia da República e nas Assembleias Legislativas das regiões autónomas;

h) Julgar as acções de impugnação de eleições e deliberações de órgãos de partidos políticos que, nos termos da lei, sejam recorríveis.

3. Compete ainda ao Tribunal Constitucional exercer as demais funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela lei.

⁴¹ CORREIA, Fernando Alves. Justiça Constitucional. Op. Cit., p.148 e ss.

⁴² Ressalta-se aqui, o fato de que, para se acrescentar funções ao TCP, as mesmas devem estar expostas na constituição ou estarem postuladas em lei orgânica, conforme a alínea C) do art. 164 e n.º 2 do art. 166 da CRP.

⁴³ Assim, é possível verificar outras atribuições do TCP na Lei orgânica do mesmo tribunal (lei n.º 28/82, de 15 de novembro) e em outros dispositivos da Constituição.

No Brasil, a competência dos juízes constitucionais, especificamente dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), órgão incumbido das prerrogativas constitucionais, está prevista no art. 102 da CFB⁴⁴.

⁴⁴ In verbis: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)
- d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
- i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

Nota-se que, apesar de sua competência fundamental ser a *guarda da constituição*, o Supremo Tribunal Brasileiro possui um maior número de atribuições, que são relacionadas ao julgamento de ocupantes de cargos com foro especial, do que referentes ao controle de constitucionalidade abstrato. Compete ao STF de julgar, em instância recursal, questões relacionadas as violações à constituição em casos concretos. Deste modo, pode-se afirmar que a competência originária do STF está mais relacionada as *competências complementares*, enquanto que as *competências nucleares* estão em maior número quando se trata da competência recursal deste tribunal.

Ademais, é necessário ressaltar que, apesar de ser uma Constituição analítica, é possível encontrar na lei-maior brasileira competências implícitas, resultantes da interpretação extensiva de alguns elementos do referido dispositivo constitucional⁴⁵. Percebe-se, também, a ausência de um dispositivo, tal como na Constituição Portuguesa, que autorize o acréscimo de outras competências através de lei ou em outros dispositivos constitucionais. Só é possível alterar as competências do STF mediante emenda constitucional.

Na Constituição italiana, as competências do TCI estão previstas no art. 134⁴⁶, cujo texto determina sucintamente a capacidade do tribunal para julgar a norma constitucional,

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁴⁵ Nesse sentido, Mendes disserta: “O Supremo Tribunal Federal também exerce uma série de competências que o modelo constitucional brasileiro implicitamente lhe confere. Há muito a jurisprudência do Supremo Tribunal admite a possibilidade de extensão ou ampliação de sua competência expressa quando esta resulte implícita no próprio sistema constitucional.” MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p.996.

⁴⁶ *In verbis*: Art.134

O tribunal constitucional julga:

Sobre as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos actos, tento força de lei, do Estado e das Regiões, e entre as Regiões; sobe as acusações fomentadas contra o Presidente da República; a norma da Constituição.

as acusações proferidas em face do Presidente da República e a legitimidade constitucional das leis e atos normativos.

Ao contrário da Constituição Brasileira, a Constituição Italiana é bastante sintética ao delimitar as competências da sua corte constitucional. Ao TCI incumbe, basicamente, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, o julgamento de acusações feitas ao Presidente da república e as decisões que incidem sobre a norma constitucional.

Zagrebelsky afirma que o controle de constitucionalidade seria a atribuição mais importante do TCI, por motivos qualitativos e quantitativos⁴⁷. Deste modo, cumpre mencionar que a corte italiana só atua em relação ao controle de constitucionalidade quando por meio de ação direta e em caráter incidental, isto é, somente mediante requerimento⁴⁸.

A Constituição espanhola, ao determinar as competências do seu respectivo Tribunal Constitucional, define também a competência territorial do mesmo, em seu art. 161⁴⁹.

Percebe-se que a Constituição espanhola não menciona a função de interprete ou guardião da norma constitucional do referido tribunal, contudo, o artigo acima exposto não encerra todas as competências do referido TC, pois está previsto no 1, d) o acréscimo de competências através de lei orgânica ou da própria constituição.

Requer destaque o julgamento dos recursos de amparo pelo TCE, não somente por questões de volume, tendo em vista que este é o recurso mais recorrente no TCE, mas

⁴⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. La giustizia costituzionale. Mulino, 1988. P.17.

⁴⁸ “No direito italiano, se o juiz “duvidar” da legitimidade constitucional de uma norma, ele pode e deve deixar de aplica-la, suspendendo o processo e remetendo a sua análise à Corte Constitucional. É o que se chama de “dubbio di costituzionalità”, requisito para que o juiz possa encaminhar a questão à Corte Constitucional.”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P.738.

⁴⁹ Determina o referido artigo que: “Artículo 161

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

- a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.
- b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.
- c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.
- d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

também por ser um recurso aberto aos particulares, aos defensores públicos e ao ministério público. Assim, há a possibilidade de reclamação direta ao TCE em casos de violação aos direitos e liberdades previstos pelo art. 53 da Constituição espanhola.

Ademais, cumpre ressaltar a preocupação do TCE, ao manter suas competências atualizadas em busca do melhor funcionamento do órgão. Nota-se tal preocupação ao verificar, ainda que brevemente, a LO 2/1979, de 3 de outubro, que determinou detalhadamente a interposição, a tramitação e a resolução dos recursos de amparo, sob o argumento da necessidade da criação de um corpo doutrinário nos primeiros anos de justiça constitucional⁵⁰.

A Constituição alemã determina no art. 93⁵¹ a competência do Tribunal Constitucional Federal. A *Grundgesetz* Alemã é extensa ao elencar as competências

⁵⁰ “Un poder judicial poco sensible hacia la tutela de los derechos fundamentales, e incluso a la propia efectividad de las normas constitucionales en general, se compensó con una concepción por parte del Tribunal Constitucional expansiva y generosa en la protección y desarrollo de los derechos fundmentales”. CALLEJÓN, Francisco Balaguer(org.). Manual de derecho constitucional, Vol I. 11º edição. Tecnos, 2016. P.287.

⁵¹Artigo 93 [Competência do Tribunal Constitucional Federal]

(1) O Tribunal Constitucional Federal decide:

1. sobre a interpretação desta Lei Fundamental em controvérsias a respeito da extensão dos direitos e deveres de um órgão superior da Federação ou de outros interessados, dotados de direitos próprios pela presente Lei Fundamental ou pelo regulamento interno de um órgão federal superior;

2. no caso de divergências ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a presente Lei Fundamental ou da compatibilidade da legislação estadual com outras leis federais, quando o solicitem o Governo Federal, o governo e um Estado ou um quarto dos membros do Parlamento Federal;

2 a. no caso de divergências, se uma lei corresponde aos requisitos do artigo 72 §2, por requerimento do Conselho Federal, do governo de um Estado ou da Assembleia Legislativa de um Estado;

3. no caso de divergências sobre direitos e deveres da Federação e dos Estados, especialmente a respeito da execução de leis federais pelos Estados e do exercício da fiscalização federal;

4. em outras controvérsias de direito público entre a Federação e os Estados, entre diversos Estados e dentro de um Estado, sempre que não exista outra via judicial;

4 a. sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20 §4, 33, 38, 101, 103 e 104;

4 b. sobre os recursos de inconstitucionalidade de municípios e associações de municípios contra a violação por uma lei do direito de autonomia administrativa, estabelecido no artigo 28; no caso de leis estaduais, no entanto, apenas se o recurso não puder ser interposto no respectivo Tribunal Constitucional Estadual;

5. nos demais casos previstos na presente Lei Fundamental.

(2) O Tribunal Constitucional Federal decide, além disso, por petição do Conselho Federal, do governo de um Estado ou da Assembleia Legislativa de um Estado, se, no caso do artigo 72 §4, não subsiste a necessidade de uma regulamentação por lei federal, segundo o artigo 72 §2, ou se o direito federal já não poderia mais ser aplicado nos casos do artigo 125a §2, primeira frase. A constatação de que a necessidade já não existe ou que o direito da Federação não deva ser aplicado, substitui uma lei federal aprovada segundo o artigo 72 §4, ou segundo o artigo 125a §2, segunda frase. A petição, conforme a primeira frase, só é admissível, quando um projeto de lei segundo o artigo 72 §4 ou segundo o artigo 125a §2, segunda frase, tenha sido rejeitado no

processuais do TC Alemão. Concebido pela doutrina como “senhor” da Constituição, cumpre destacar duas particularidades do referido tribunal. A primeira é de que, ao contrário dos sistemas de controle brasileiro e português, o controle de constitucionalidade é função exclusiva do TC Alemão, desta forma, mesmo que o juiz entenda que uma lei fere o texto constitucional, ele não poderá se recusar à aplicá-la, enquanto a referida inconstitucionalidade não for declarada pelo TCF⁵².

Ademais, outra particularidade acerca do TCF Alemão é a de que, apesar do texto constitucional, precisamente do art. 92 da Constituição Alemã, lhe estabelecer como um *tribunal*, a lei orgânica do mesmo junto à doutrina e à jurisprudência do TCF compreendem-no enquanto *órgão constitucional*⁵³.

No que tange à suas competências, todas estão previstas no artigo supracitado, existindo a possibilidade de acrescer competências através de lei federal.

Por fim, a Constituição da França define o mérito do *Conseil Constitutionnel* nos arts. 59 a 61⁵⁴. Cabe ressaltar que o conselho constitucional se diferencia dos demais tribunais

Parlamento Federal ou não tenha sido debatido e votado no prazo de um ano ou se um projeto de lei correspondente foi rejeitado no Conselho Federal.

(3) O Tribunal Constitucional Federal atuará, além disso, nos casos que lhe forem conferidos por lei federal.

⁵² Assim, “(...)na Alemanha, todo juiz tem o dever de verificar a inconstitucionalidade da norma que decide o caso, independentemente de provocação da parte processual interessada, mas não lhe pode negar a aplicabilidade quando ainda não declarada inconstitucional pelo tribunal que tem a competência exclusiva para tanto, o TCF.”. Alemanha. Bundesverfassungsgericht, Jürgen Schwabe, and Leonardo Martins. Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão. Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. P. 36.

⁵³ “O status de órgão constitucional em si resulta da interpretação sistemática dos dispositivos específicos da Grundgesetz e da Lei Orgânica do TCF (BVerfGG), quais sejam: Art. 92 GG c.c. § 1 I BVerfGG, que fazem a oposição do TCF em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário (Art. 92 GG) e a “todos os órgãos constitucionais” (§ 1 I BVerfGG). Assim, o TCF não seria tão somente independente em relação aos demais órgãos constitucionais (Presidência Federal, Chanceler Federal, Câmara Federal e Conselho Federal), como, de resto, todo tribunal é, mas também teria autonomia para decidir questões sobre a interpretação da Constituição em última instância, como “defensor máximo da Constituição”. ” Id, ibidem, p. 37.

⁵⁴ ARTIGO 59º - O Conselho constitucional delibera, no caso de contestação, sobre a regularidade da eleição dos deputados e dos senadores.

ARTIGO 60º - O Conselho constitucional assegura a regularidade das operações de referendo previstas nos artigos 11 e 89 e no capítulo XV, e proclama os resultados.

ARTIGO 61º - As leis orgânicas, antes da sua promulgação, as propostas de lei mencionadas no artigo 11 antes de serem submetidas ao referendo e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes da sua aplicação, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional, que se pronuncia sobre a sua conformidade com a Constituição. Com os mesmos fins, as leis podem ser submetidas ao Conselho Constitucional, antes da sua promulgação, pelo Presidente da República, Primeiro-Ministro, presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores. Nos casos previstos nos dois parágrafos precedentes, o Conselho constitucional deve deliberar no prazo de um mês. No entanto, a pedido do Governo,

constitucionais por não se tratar de um órgão jurisdicional, mas sim de um híbrido entre o político e o jurídico. Entretanto, a partir de suas competências é possível constatar que o órgão possui atribuições similares aos demais tribunais constitucionais citados.

Litígios que envolvam o processo eleitoral, as relações entre os demais poderes do Estado, o controle entre normas internacionais e normas internas e o respeito ao equilíbrio entre o Estado e suas regiões, são algumas das matérias que também ficam a cargo do Conselho Constitucional decidir. Cabe destacar também, o previsto no art. 62 da Constituição Francesa, que veda a possibilidade de recurso a uma decisão do CC.

Ademais do controle de constitucionalidade, uma vez que esta é a função primordial de todo e qualquer órgão constitucional (inclusive em países mais propensos ao sistema da *judicial review*, como é o caso do Brasil, compete ao juiz constitucional a “última palavra” em relação ao controle de constitucionalidade das normas e atos normativos), é possível encontrar atribuições semelhantes entre todos os órgãos constitucionais analisados

Constatarem-se competências recorrentes como: o acréscimo de competência através de lei, sobretudo lei orgânica; a resolução de conflitos entre Estado-nação e Estados-membros; e, o julgamento de acusações feitas aos chefes do legislativo e/ou do executivo.

Há também peculiaridades típicas da cultura e da construção histórica de cada país, como é o caso do recurso de amparo espanhol e do detalhado rol de competências do STF brasileiro. Ademais, convém mencionar que o número de juízes nos tribunais não varia muito, sendo 13 em Portugal, 11 no Brasil, 15 na Itália, 12 na Espanha, 16 na Alemanha e 9 na França.

Cumpra apontar o método de escolha de tais juízes, uma vez que os mesmos são escolhidos pelo chefe do executivo ou pelo parlamento, o que demonstra a influência política nas cortes constitucionais. Além do mais, é imprescindível destacar que a maioria das cortes analisadas prevê uma duração de 9 anos para o mandato de juiz constitucional, com exceção das cortes alemã e brasileira, que não determinam duração para os eleitos e para os antigos

se há urgência, este prazo é reduzido para oito dias. Nesses casos, o encaminhamento para o Conselho Constitucional suspende o prazo para a promulgação.

presidentes da República na França – que são membros por direitos – e que possuem lugares vitalícios no Conselho Constitucional do referido país.

Nesse sentido, encontra-se disposto na lei-maior o modo como serão selecionados os magistrados que compõe as respectivas cortes constitucionais. Na Itália, conforme dispõe o art. 135⁵⁵, a corte é composta por membros a serem escolhidos pelo Presidente, pelo Parlamento e pelas Supremas Magistraturas, sendo o presidente do TCI escolhido através de uma votação dentre os componentes do tribunal. Na Espanha os juízes são nomeados pelo rei, sendo quatro indicados pela maioria do Congresso, quatro pela maioria do Senado, dois são propostos pelo Governo e os demais pelo Conselho Geral do Poder Judicial, conforme dispõe o art. 159, 1⁵⁶ da Constituição espanhola.

Há também os casos em que todos os juízes são escolhidos pelo parlamento, como é o caso da Alemanha, de Portugal e do Brasil. No primeiro, metade dos magistrados é eleita pelo Parlamento Federal, sendo a outra metade escolhida pelo Conselho federal, conforme dispõe o art. 94, 1⁵⁷ da *Grundgesetz* alemã. Em Portugal, o art. 222, 1⁵⁸ da CP determina que dez dos treze juízes que compõe o TCP são eleitos pela Assembleia da República, e os demais são cooptados pelos eleitos. No Brasil, a CRB especifica em seu art. 101⁵⁹, que os

⁵⁵ O referido artigo dispõe: “ O Tribunal constitucional é composto por quinze juízes nomeados por um terço pelo Presidente da República, por um terço do Parlamento em sessão comum e por um terço das supremas magistraturas ordinárias e administrativas. Os juízes do Tribunal constitucional são escolhidos por entre os magistrados também reformados das jurisdições superiores ordinária e administrativas, os professores ordinários de universidades em matérias jurídicas e os advogados após vinte anos de exercício. Os juízes do Tribunal constitucional são eleitos por nove anos, decorrentes para cada um deles, a partir do dia do juramento, e não podem ser novamente eleitos. No prazo terminado o juiz constitucional cessa o cargo e o exercício das funções. O Tribunal elege por entre os seus membros, segundo as normas estabelecidas pela lei, o Presidente que permanece no cargo por três anos, e é reelegível permanecendo em todo o caso os prazos do gabinete do juiz. (...)”

⁵⁶ “El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.”

⁵⁷ “O Tribunal Constitucional Federal compõe-se de juízes federais e outros membros. Os membros do Tribunal Constitucional Federal serão eleitos em partes iguais pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal. Eles não poderão pertencer ao Parlamento Federal, ao Conselho Federal ou a órgãos correspondentes de um Estado.”

⁵⁸ “Artigo 222.º,1. O Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes”.

⁵⁹ “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal” .

ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, mediante aprovação por maioria absoluta do Senado Federal.

O processo de seleção que mais se diferencia dos demais é o francês, que, conforme prescreve o art. 56^o da CF, os membros do Conselho Constitucional serão escolhidos, em partes iguais, pelo Presidente da República, pelo presidente da Assembleia Nacional e pelo Presidente do Senado. Além destes nove membros, cumpre reiterar que os ex-presidentes da República compõe o mencionado conselho em caráter vitalício. Merece destaque a referida seleção por existir a possibilidade de o *Conseil Constitutionnel* ser escolhido por três representantes do mesmo partido⁶¹.

Deste modo, compreende-se que o poder político, bem como os partidos políticos, possuem um grau de influência também sobre a escolha dos magistrados que irão atuar não somente na defesa dos preceitos constitucionais, mas também serão os responsáveis, muitas vezes, em julgar os delitos cometidos por aqueles responsáveis pela sua escolha.

Há então de se prosseguir para a segunda etapa da tríplice análise proposta no início deste tópico. Assim, apreciar-se-á a incumbência universal de todos os órgãos constitucionais, nomeadamente, a proteção dos fundamentos constitucionais.

1.4 O juiz enquanto guardião da norma constitucional

Sabe-se que uma das, se não a principal(is) funções da justiça constitucional, e, portanto, do juiz constitucional enquanto agente desta, é a defesa e proteção da Constituição⁶². Assim, é imperioso abordar este aspecto da função do juiz constitucional.

⁶⁰ ARTIGO 56º: O Conselho constitucional compreende nove membros, cujo mandato dura nove anos e não é renovável. O Conselho constitucional se renova por terços a cada três anos. Três dos membros são nomeados pelo Presidente da República, três pelo presidente da Assembleia Nacional, três pelo Presidente do Senado.

⁶¹ Rousseau aponta que tal fato já ocorreu em 1974, e novamente em 1995. Para mais Cf. ROUSSEAU, Dominique; ISABEL (TRAD.) ORTIZ PICA; TERESA (EST.) FREIXES SANJUN. La justicia constitucional en Europa. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. P. 34 e ss.

⁶² “O juiz constitucional apresenta como função nuclear, a defesa rotineira da Constituição, o que tenho preferido chamar de curadoria constitucional, exatamente para significar a necessidade de proteger e implementar as normas constitucionais, numa ideia alinhada àquela construída por Héctor Fix-Zamudio (2005:10) no sentido de que a “verdadeira defesa constitucional é a que pode obter uma aproximação entre a

É provável que se confunda a defesa da constituição com a função de exercer o controle de normas constitucionais, contudo, não se pode resumi-la a isso. A função de protetor da Constituição abrange, além das questões pertinentes ao controle de constitucionalidade, a defesa dos ideais e direitos ali previstos.

Torna-se essencial, então, que o juiz constitucional esteja atento a qualquer ofensa que possa ser feita aos princípios constitucionais ou aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Ocorre, contudo, que na maioria dos casos onde se alegue que tenha ocorrido violações aos direitos fundamentais, há, na verdade, uma predominância dos direitos coletivos em relação aos direitos individuais.

Desta forma, cabe ao juiz constitucional realizar uma ponderação entre direitos individuais e coletivos, buscando assim a melhor resolução para as questões jurídico-constitucionais a ele submetidas. Compete, neste ponto, ressaltar que tais questões andam sempre subordinadas a cargas políticas (tal forma é que muitos autores da doutrina contemporânea se referem as mesmas como questões político-constitucionais⁶³), sendo dever do juiz buscar a solução constitucionalmente mais adequada.

Cumprido, contudo, ressaltar, mais uma vez, os perigos desta relação entre política e constituição. Bachoff⁶⁴ salienta esta relação ao ponderar que “o juiz constitucional aplica certamente direito; mas a aplicação deste direito acarreta consigo necessariamente que aquele que a faz proceda a avaliações políticas”, neste mesmo sentido segue Barroso⁶⁵, ao

Constituição formal e a Constituição real”. A compreensão dessa atribuição (ou defesa) envolve a elucidação (desmembramento) das diversas atividades envolvidas, cujas peculiaridades permitem essa subdivisão em categorias distintas. Uma análise completa das funções da Justiça Constitucional (e, pois, do juiz constitucional) não pode prescindir de uma análise tópica de tais categorias.”. TAVARES, André Ramos. Paradigmas do judicialismo constitucional. Saraiva, 2012. P. 19.

⁶³ Um exemplo disto é o observado por Canotilho, ao proferir: “(...) com a garantia da observância das normas constitucionais conexiam-se relevantíssimas questões político-constitucionais como: (1) defesa das minorias perante a onipotência da maioria parlamento-governador; (2) primazia hierárquico-normativo da Constituição e do legislador constituinte perante a onipotência da maioria parlamento-governo; (3) primazia do dogma tradicional da presunção de constitucionalidade dos actos legislativos; (4) legitimidade do desenvolvimento do próprio direito constitucional através da interpretação dada as normas da Constituição pelos juízes constitucionais. Perante este cruzamento de questões político-constitucionais, o Tribunal Constitucional poderá desempenhar o papel de regulador e determinador da própria identidade cultural da República(Ebsen) e de controlador do “legislador mastodonte e da administração leviathan”(Cappelletti).” Canotilho, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria (...) Op. Cit., p.681-2.

⁶⁴ BACHOFF, Otto. Estado de direito e poder político. IN: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1980, 56, p.12.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2009. P.114.

afirmar que “O poder constituinte estará sempre condicionado pelos valores sociais e políticos que levaram a sua deflagração e pela ideia de Direito que traz em si”.

Kelsen faz uso deste mesmo argumento para justificar a escolha de um órgão jurídico para a defesa da Constituição, ao afirmar que “a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados”⁶⁶. Assim, o autor relembra o início do constitucionalismo, quando a guarda do texto constitucional ficava aos encargos dos Monarcas, quando estes abusavam de tal poder para fazer valer suas vontades pessoais.

É imperioso atentar para os perigos de um *gouvernement by judges*, isto é, evitar os perigos de que, ao realizar a proteção do texto constitucional (e dos preceitos ali inseridos), o juiz acabe por assumir o papel do legislador, obstruindo, assim, a vontade popular⁶⁷. A aceitação da teoria kelseniana do juiz constitucional enquanto “legislador negativo” deve ser vista com precauções, não somente em relação aos perigos do ativismo judicial, mas também em razão do fato desta atentar contra os preceitos democráticos, bem como à separação dos poderes⁶⁸.

Deste modo, é imprescindível lembrar que a função de editar e publicar leis é de obrigação dos órgãos legislativos, o que incumbe ao TC, enquanto órgão judiciário e constitucional, é apenas a defesa dos direitos previstos e do texto constitucional. Não cabe ao órgão determinar como uma norma deverá ser elaborada ou redigida, cumpre a ele, a mera

⁶⁶ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Op. Cit. P.240.

⁶⁷ Rousseau, nesse sentido, afirma que a partir da realização do controle de Constitucionalidade “varias soluciones pueden producirse : el juez declarar la ley conforme; o bien constitucional, también puede sancionar solamente algunos artículos o disposiciones; o juzga la ley conforme a la Constitución com la reserva de que sea interpretada y aplicada según las condiciones enunciadas em la decisión. Em todas estas hipótesis, la ley no es perfecta, no expresa la voluntad popular más que mediante la sanción del juez constitucional”. Cf. ROUSSEAU, Dominique. *La justicia constitucional en Europa*. Op. Cit. P. 22.

⁶⁸ Nesse sentido: “Accepting the 'constitutional court as legislative chamber' formulation does not entail ignoring obvious institutional distinctions between parliaments and constitutional courts. Two such distinctions deserve emphasis at this point, because we can expect them to condition behaviours relevant to policy-making. First, government ministers and parliamentarians are relatively self-activating law-makers, in that they are capable of deciding when and how to legislate, on their own, within limits imposed by the constitution. Until a case law relevant to a given legal domain has developed, constitutional judges act in a context that has been constructed by others (e.g. elected politicians and ordinary judges). Second, constitutional judges must, by law, give legal reasons for their decisions in writing. Elected politicians, in contrast, can take decisions on the basis of their own partisan interest, or ideology, without going further. They presume, after all, that they were elected to do so”. SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford University Press, 2000. P. 62

averiguação do texto escrito pelo legislador e a constatação, ou não, de que o referido texto não fere a norma constitucional⁶⁹.

Retornamos então, para a problemática acerca da legitimidade da justiça constitucional. Questiona-se, mais uma vez, sobre os limites da jurisdição constitucional, para que a mesma não se sobreponha sobre o poder político. Neste ponto, é salutar determinar os limites de atuação do juiz constitucional⁷⁰ para que o mesmo não desvirtue de suas funções.

Tais limites são perceptíveis de diversas maneiras, sobretudo, através do que tem--se chamado de ativismo judicial. O termo apareceu pela primeira vez em um artigo da revista *Fortune* de janeiro de 1947, escrito por Arthur Schlesinger Jr., no qual ele classificava os juízes da *Supreme Court* americana em três perfis: *Judicial Activists*, *Champions of Self Restraint* e *a middle group*⁷¹. Isto é, os juízes foram rotulados como ativistas, autocontidos ou moderados.

Para além desta divisão de “modelos de juízes”, cumpre esclarecer que o *government by judges* e o ativismo judicial são utilizados como sinônimos, especialmente por ambos referirem ao desvio da função jurídica do juiz para a função política⁷².

Assim, é possível compreender que o ativismo judicial ocorre quando o juiz, buscando a defesa da Constituição, ultrapassa seus limites jurídicos e adentra o campo

⁶⁹ Nas palavras de URBANO (op. Cit. P.69): “o juiz constitucional cumpriria o papel de um simples guardião da constituição, no sentido de um simples defensor do texto constitucional em face das normas legais desconformes com o mesmo, tarefa que deveria cumprir mediante juízo de mera compatibilidade entre normas supostamente densas, completas e claras”.

⁷⁰Cfr. Sobre o tema Canotilho: “Mesmo quando os juízes se podem assumir tendencialmente como “legisladores negativos” (ao declararem a inconstitucionalidade de normas) ou criadores de direito (ao elaborarem “normas” para a decisão do caso), os juízes estão vinculados à constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de competências e ao princípio democrático”. CANOTILHO, J. J. Gomes. “Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e da politização da justiça: Tópicos para uma intervenção sobre o Poder Judiciário”. 2007, p.10.

⁷¹ Cf. KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. *California Law Review*, 2004, 92.5: 1441-1477.

⁷²“Costuma ser empregado, nesse sentido, para indicar a atuação judicial que ultrapassa os limites próprios e tradicionais do Judiciário ou da Justiça Constitucional. Em uma definição mais direta, ativismo judicial é a atividade decisória judicial (ou de Tribunal Constitucional ad hoc do Judiciário) adotada com usurpação de funções ou excesso.”. Cf. TAVARES, André Ramos. *Ativismo Judicial*. IN: *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. Op. Cit. P.82.

político, muitas vezes através de uma interpretação extensiva da Constituição ou até mesmo sob a justificativa da defesa dos interesses constitucionais.

Ademais, há de ser abordado, então, o campo do controle de constitucionalidade e suas especificidades, uma vez que este é o principal meio de atuação dos juízes quando buscam a proteção dos interesses constitucionais.

1.5 Controle de Constitucionalidade e suas principais espécies

Para que um ordenamento jurídico funcione plenamente é necessário que ele seja uno e siga uma ordem pré-estabelecida, e para que tais elementos sejam mantidos, faz-se uso de diversos artifícios, sendo um deles o Controle de Constitucionalidade, cujo principal objetivo é a garantia de que nenhuma lei ou ato ordinário contrarie as ideias explícitas e implícitas na Constituição vigente.

Kelsen afirma que “Uma Constituição em que falte a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico”⁷³. Nessa esteira Canotilho chama a atenção para a existência de garantias da constituição, que não devem ser confundidas com as garantias constitucionais – estas representam a garantia dos cidadãos à proteção de seus direitos fundamentais – enquanto que as garantias da Constituição são preceitos de defesa do texto constitucional, ou seja, instrumentos idealizados com o intuito de certificar a observância, aplicação, estabilidade e conservação do texto constitucional⁷⁴.

O controle de constitucionalidade, como o próprio nome já pressupõe, constitui um mecanismo de manutenção da segurança jurídica do ordenamento vigente, através da aferição da validade de todos os atos⁷⁵ em relação ao texto constitucional. Isto ocorre em razão do princípio da supremacia constitucional (ou princípio da constitucionalidade), que não admite que nenhum ato inferior à Constituição seja divergente daquilo que está previsto em seu texto, uma vez que tal ato pode gerar insegurança jurídica, prejudicando, a ordem e a unidade do ordenamento jurídico.

⁷³ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Op. Cit., p.179.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Op. Cit. P.888.

⁷⁵ A escolha do termo atos aqui é deliberada, pois podem se tratar de leis, artigos em códigos, decretos e etc.

Canotilho refere-se a dois aspectos fundamentais deste princípio. O primeiro aspecto refere-se à ideia de uma suprallegalidade formal da Constituição, isto é, a ideia de Constituição como norma fundamental do ordenamento jurídico, o que justificaria a rigidez do texto constitucional, além da exigência de requisitos diferenciados para as leis de revisão, o que diferenciaria as leis de revisão constitucional das normas ordinárias. Enquanto que a suprallegalidade material, o segundo aspecto do princípio da constitucionalidade, faria alusão a noção da constituição como norma hierarquicamente superior as demais⁷⁶.

Existem duas espécies principais de controle de constitucionalidade, o concentrado e o difuso, e a partir da combinação destes dois modelos é que começaram a surgir os demais. Excepcionalmente, há o sistema de controle francês, que é diferente de todos os outros, por ser um controle político e não jurisdicional.

J. J. Canotilho cita-os como modelos de justiça constitucional, denominando-os de modelo unitário e modelo de separação.

O Modelo Unitário concerne aos casos onde a justiça constitucional não possui jurisdição própria, isto é, todos os tribunais têm competência para atestar a conformidade constitucional dos atos normativos submetido a ele. Assim, neste modelo não existe um tribunal único apto a tratar apenas das questões constitucionais⁷⁷.

Já o modelo de separação reporta-se às situações onde há um tribunal específico, criado com o intuito de relacionar-se exclusivamente com a jurisdição constitucional. Assim, o pensamento central deste modelo é o de que a justiça constitucional necessita uma seara diferenciada, materialmente competente a tratar de questões jurídico-constitucionais⁷⁸.

⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Op. Cit., P.888.

⁷⁷ Nas palavras do autor: “a justiça constitucional não possui autonomia organizativo-institucional, considerando-se que todos os tribunais tem o direito e o dever de, no âmbito das acções e recursos submetidos a decisão do juiz, aferir da conformidade constitucional do acto normativo aplicável ao feito submetido a decisão judicial. Subjacente a esta concepção está a ideia de que a jurisdição constitucional não se distingue substancialmente das outras formas de jurisdição. Precisamente por isso, também não se justifica a existência de uma jurisdição especificamente competente para apreciar as questões da constitucionalidade. Este modelo unitário anda associado ao chamado controlo judicial difuso e é, ainda hoje, o modelo adoptado por um significativo número de países.”

⁷⁸ In verbis: “no chamado modelo de separação a jurisdição constitucional é, sob o ponto de vista organizativo, confiada a um Tribunal especificamente competente para as “questões constitucionais” e institucionalmente separado dos outros tribunais. A ideia básica subjacente a este modelo é a de que a decisão de questões jurídico-constitucionais representa uma função jurisdicional em sentido material (não se trata, portanto, apenas de um problema político-constitucional). Existem, contudo, certas especificidades que justificam a autonomização institucional de um Tribunal Constitucional”.

Ademais, há de se falar também no modelo de controle constitucional francês, que se destaca dos demais por não ser um controle jurisdicional e nem político. De maneira que o controlo da constitucionalidade dos atos normativos é realizado por um órgão de origem política, com atributos jurisdicionais, o Conselho Constitucional⁷⁹.

O órgão, criado a partir da Constituição de 1958, possui características híbridas, isto é, ele possui características tanto políticas quanto jurisdicionais, sendo sua principal atribuição o controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais⁸⁰. Essa diferenciação de modelo de justiça constitucional é atribuída por diversos autores à desconfiança das instituições francesas relativas ao poder judiciário, que era visto como uma extensão do poder monárquico.⁸¹

Uma das maiores críticas a este modelo é a de que, por não se tratar de um controle concreto às normas, não há uma forma de garantir que os direitos e liberdades dos cidadãos não serão tolhidos. Ademais, há de se levar em conta que o controle de constitucionalidade das normas encontra-se atrelado a um órgão que representa uma torre de marfim⁸², uma vez que, até muito recentemente só era permitido que o *Conseil constitutionnel* fizesse um controle preventivo das normas. Foi só a partir da revisão constitucional de 23 de julho de 2008 que foi possível aos juízes ou as partes do processo alertar ao conselho que havia uma norma atentando contra as garantias constitucionais, para que o mesmo pudesse detectar e assim sanar a inconstitucionalidade⁸³.

Isso se deve muito a crença rousseauiana do parlamento como soberano, isto é, para os Franceses, a soberania pertencente ao povo, é repassada ao Parlamento, e este faz

⁷⁹ “Esta opção do legislador constituinte está relacionada com a vontade de impor um novo equilíbrio de poderes, necessário após os excessos do parlamentarismo das III^a e IV^a Repúblicas. Um dos grandes opositores da Justiça Constitucional foi o General de Gaulle. Não obstante, a criação do Conseil constitutionnel está intimamente associada a seu nome. Com efeito, o General de Gaulle temia um governo de juízes, como entendia existir nos EUA. Para ele, o único tribunal supremo é o povo”. URBANO, Maria Benedita. Curso de Justiça Constitucional. 2012, p.53.

⁸⁰ MORAES, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional – tomo I. Coimbra editora, 2006. P.300 e ss.

⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro; GONÇALVES, Aroldo Plínio; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. SA Fabris Editor, 1999.P. 94-97.

⁸² MORAES, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional. Op. Cit., p.304.

⁸³ Nesse sentido Urbano afirma que “De facto, não foi atribuída aos juízes a faculdade de aceder diretamente ao *Conseil Constitutionnel* para solicitar o controlo de constitucionalidade de uma lei, cabendo essa faculdade apenas aos tribunais de topo da ordem judiciária (*Cour de Cassation*) e da ordem administrativa (*Conseil d'Etat*). Os juízes das instâncias inferiores tem que colocar a questão de inconstitucionalidade a estes tribunais que, nos termos do preceito *supra* mencionado, devem decidir num determinado prazo se dão ou não seguimento ao pedido das instâncias jurídicas inferiores”. Urbano, Maria Betedita. Curso de justiça constitucional. P.49.

uso desta soberania ao elaborar as leis que determinam o modo de vida do povo, por isso o modelo atípico de justiça constitucional e a falta de um controle constitucional efetivamente jurisdicional.

Há de se acrescentar que a hipótese de incumbir a um órgão legislativo a atividade do controle de constitucionalidade é veementemente rechaçada, sobretudo em razão da possibilidade dos legisladores atuarem em causa própria⁸⁴. Deste modo, há de se rejeitar a ideia, sobretudo em razão de que quaisquer leis que venham a ser aprovadas e que contrariem o postulado na carta magna, poderiam ser entendidas como reformas no texto constitucional.

Nesse sentido, antes de adentrar as particularidades inerentes aos modelos de controle de constitucionalidade jurisdicionais, cabe ressaltar a divergência doutrinária que ensejou a criação dos respectivos modelos.

1.5.1 O guardião da Constituição e a querela entre H. Kelsen e C. Schmitt

Além da discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, há também uma polêmica envolvendo qual a natureza do órgão que teria como principal função a proteção da constituição.

Como visto anteriormente, a existência de um tribunal exclusivamente constitucional não é obrigatória, contudo tal não-obrigatoriedade é discutida amplamente, uma vez que há autores que acreditam que para que haja legitimidade é necessária a instauração de um tribunal próprio, apto a cuidar exclusivamente da justiça constitucional, o que facilitaria identificar a sua competência jurisdicional.

Os principais expoentes dessa discussão com relação ao órgão que irá atuar como “guardião da Constituição” são os ideais de Hans Kelsen e Carl Schmitt.

⁸⁴ “A acumulação em um mesmo organismo das funções de, por um lado, fazer leis em cumprimento aos disposto na Carta Magna e, de outro, dizer em ultima instancia se a lei elaborada está, ou não, afinada com o Código Supremo, nulifica, despe de eficácia o mecanismo controlador. É evidente que o poder legislativo apenas aprovará as leis que reputa constitucionais. Manifesto contra-senso seria a declaração de inconstitucionalidade, feita pelo Legislativo, em seguida à sua aprovação. Toda lei produzida por um Legislativo que acumulasse a função de órgão controlador seria, em ultima instancia, constitucional, mesmo que contraria à Constituição, pois a produção de uma normas nessas condições equivaleria à reforma do Texto Maior”. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p.552

Kelsen defende a ideia de um Guardião da Constituição cuja principal função seria a proteção da Constituição (e de suas normas) e que a referida deveria ser de competência de um tribunal específico, criado exclusivamente para tratar das questões jurídico-constitucionais, isto é, o jurista acredita que o órgão que defende os interesses constitucionais deve ser separado dos outros poderes (legislativo, executivo e judiciário) para que não sofra influência dos mesmos⁸⁵. Acrescenta Kelsen que a função do Tribunal Constitucional não seria verdadeiramente jurisdicional, mas sim legislativa, daí a expressão “legislador negativo”, pois sua principal incumbência seria a anulação de atos inconstitucionais⁸⁶.

Em contrapartida, Carl Schmitt⁸⁷ publicou sua tese posteriormente, afirmando que a Justiça Constitucional seria, na verdade, uma atribuição política, e que, portanto, não poderia ser de competência de um órgão judiciário. O jurista alemão defendia a ideia de que os problemas pertinentes à jurisdição constitucional seriam, em sua maioria, problemas interpretativos, e que a solução para tais problema seria a determinação da amplitude e do sentido das normas constitucionais. Assim, seria de competência de um órgão político a resolução e definição das dúvidas relacionadas às normas constitucionais.

Ademais, Schmitt afirma que o órgão mais adequado para defender a constituição seria o Presidente do Reich, uma vez que é o responsável soberano da Nação, além de ter sido eleito diretamente pelo povo Alemão, atuando com imparcialidade e tendo competência para realizar decisões políticas. Fundamentando sua teoria nos ideais de Benjamin Constant, Schmitt utiliza-se do pensamento de um *poder neutro* do monarca e aplica-o para a democracia constitucional, justificando, assim, a escolha do presidente do Reich para a defesa da norma constitucional.

A partir da explicação de ambas as teorias, é possível perceber, então, que ambas foram elaboradas a partir de conceitos diferentes de constituição⁸⁸, o que nos leva ao questionamento acerca da jurisdição constitucional, nas palavras do Prof. Doutor Cardoso

⁸⁵ Nesse sentido: “É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional”. KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁸⁶ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. *O guarda da Constituição e sua legitimidade: a polêmica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a proteção da Constituição*. In: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. P. 457-468. Coimbra Editora, 2012.

⁸⁷ Cf. SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Editora del Rey, 2007.

⁸⁸ Kelsen possui um entendimento normativista de Constituição, enquanto Schmitt entende-a de maneira mais “decisionista-unitária”.

da Costa: “a jurisdição constitucional é ainda verdadeira “função jurisdicional” ou já é uma atividade “política”, que extravasa o domínio próprio da primeira?”⁸⁹

O mesmo autor afirma posteriormente que a teoria de Kelsen foi predominante no contexto europeu, uma vez que o princípio da garantia contenciosa da constituição foi adotado e reconhecido, além da criação de um tribunal específico para atuar em relação à justiça constitucional. Cardoso da Costa justifica a escolha pela teoria de Kelsen com base no fato de que ela pressupõe uma Constituição “pluralista”, isto é, “uma Constituição que é a “norma” no quadro e nos limites da qual se há de desenvolver uma sociedade política plural, se há de exprimir essa pluralidade, e se não de obter os compromissos (ou os consensos) que ela implica”⁹⁰.

Ante o exposto, é possível concluir então que à justiça constitucional incumbe a determinação da unidade normativa constitucional perante o contexto plural. Desta forma, é possível compreender simplificada o contexto no qual a justiça constitucional (e o constitucionalismo) se desenvolveu e afirmou seu espaço no contexto jurisdicional.

Destarte, faz-se necessário então a exposição dos modelos jurisdicionais criados a fim de proteger o ordenamento constitucional, respeitando a sua referida pluralidade e garantindo a supremacia da Constituição.

1.5.2 O modelo difuso (ou modelo norte-americano)

Contrários à desconfiança francesa no judiciário, os estadunidenses possuem uma vasta confiança em seus juízes e tribunais. O que os leva a depositar grandes esperanças em sua Constituição, sendo esta determinada como a lei suprema e primordial do Estado. Cabe ressaltar que, enquanto os franceses consignavam total confiança em seu parlamento, os estadunidenses eram bem mais cautelosos, sobretudo devido ao seu passado colonial, impondo assim limitações ao poder legislativo em seu texto constitucional.

⁸⁹ COSTA, José Manuel Cardoso da. Algumas reflexões em torno da Justiça Constitucional. in *Studia Iuridica* 41 – Colloquia 3, Coimbra (Separata de Perspectivas do Direito no início do século XXI);

⁹⁰ Id. *Ibidem*, p.118.

Desta forma, o Estado se mostrou suscetível a adoção de uma *judicial review of legislation*, porém, a mesma não foi positivada no texto constitucional de 1787, ficando consagrada apenas na constituição da Pensilvânia. Ainda assim, só é possível afirmar a consagração desse princípio no ordenamento norte-americano após o emblemático caso de *Marbury v. Madison*⁹¹ em 1803, que é reconhecido por diversos autores como uma referência jurisprudencial, marcando o nascimento do controle de constitucionalidade naquele país.

Foi a partir desta jurisprudência que a *judicial review of legislation* ficou instituída no país, mais precisamente quando o *Chief Justice* John Marshall determinou que a constituição era superior as demais leis ordinárias, que qualquer lei que contrariasse o texto constitucional deveria ser invalidada e os tribunais possuem autoridade para determinar a invalidade de uma lei inconstitucional. Desta fora, começava a surgir o controle de constitucionalidade difuso.

Deve ser destacada ainda, a importância da doutrina constitucionalista norte-americana, para a afirmação da *judicial review* no país. Cabendo, sobretudo, ressaltar a importância do trabalho de Alexander Hamilton, publicado na 78ª edição do *Federalist*, no qual o autor ressalta a soberania da constituição em face aos outros atos normativos, além

⁹¹ Em fevereiro de 1801 foi aprovada uma reforma ao judiciário, devido ao receio dos federalistas, que haviam acabado de perder o cargo de presidente além de diversas cadeiras no congresso. Quando Thomas Jefferson assumiu a presidência no mês seguinte, os anti-federalistas perceberam que, apesar de possuírem o poder executivo e o legislativo, não possuíam controle do poder judiciário. Assim, Jefferson ordenou que seu então secretário James Madison, suspendesse a posse dos juízes recém-admitidos pela reforma. Foi então que William Marbury impetrou uma ação na *Supreme Court*, cumpre ressaltar que a referida ação foi uma das razões para que o congresso norte-americano (agora majoritariamente anti-federalista) acelerasse a aprovação do *Repeal Act* que desfazia a reforma do judiciário, voltando a vigorar o *Judiciary Act* de 1789 – “com todas as consequências daí decorrentes, nomeadamente a abolição dos tribunais e seções judiciais criados pelo diploma de 1801 e o afastamento de uma série de juízes pró-federalistas nomeados por John Adams”. Assim, Marbury requereu a *supreme court* que lhe fosse atribuído o cargo fornecido a ele pelo ex-presidente, fundamentando seu pedido conforme a seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, afirmando que neste artigo estava a garantia de que a referida corte possuía a competência necessária para expedir um mandado de injunção. Ocorre que a pretensão do requerente deixava o presidente da corte, John Marshall em um sério dilema. De maneira que, após séria ponderação, o *Chief Justice* Marshall optou por reprovar a conduta do executivo, na pessoa do secretário de Estado Madison, uma vez que a nomeação de Marbury tinha se dado em conformidade com os trâmites e, devido a isso ele possuía todo direito de assumir ao cargo, porém, ao mesmo tempo o juiz Marshall afirmou que o Supremo Tribunal não seria capaz de obrigar James Madison a dar posse a Marbury, pois a seção 13 do *Judiciary Act* expandia as competências taxativas daquele órgão, previstas no art. III da Constituição Federal, em relação a sua jurisdição originária como Tribunal de 1ª instância, e, desta forma, a seção deveria ser considerada inconstitucional, e, portanto, nula e sem efeitos. Para mais MADISON, *Marbury v. Marbury v. Madison*. Timeline, 1800, 1801.

de afirmar a capacidade dos juízes de afastar uma lei que, para este, esteja em desacordo com os preceitos fundamentados na constituição⁹².

Carlos Blanco de Moraes tece uma crítica a esta forma de controle de constitucionalidade na qual ele ressalta que, muitas vezes, isto pode causar uma politização do judiciário que seria prejudicial, pois comprometeria a independência dos magistrados, em razão do seu processo de nomeação decorrer através do poder político⁹³.

Assim sendo, conforme o modelo difuso de controle de constitucionalidade jurisprudencial vigente nos Estados Unidos da América, todo juiz está apto a realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, sendo dividido conforme a competência do magistrado.

Desta forma, os magistrados estaduais ficam encarregados de conferir a conformidade das leis autônomas em relação às Constituições dos estados, cabendo aos supremos tribunais estaduais o papel de instancia superior, competente para julgar os recursos provenientes. Às cortes federais concerne o controle de compatibilidade das demais leis (federais e federadas) com a Constituição Federal, sendo o Supremo Tribunal Federal a última instancia julgadora dos litígios provenientes dos supremos tribunais federados ou dos tribunais federais em que se encontrarem violações à Constituição Federal

1.5.3 A instituição tardia da Justiça Constitucional na Europa e o modelo concentrado (ou modelo Austríaco) de controle de constitucionalidade

Enquanto nos Estados Unidos a *judicial review* foi estabelecida no início do séc. XIX, o modelo de controle de constitucionalidade concentrado, ou modelo austríaco (ou ainda modelo europeu), surgiu somente no século seguinte, com a Constituição Austríaca de 1920, idealizada por Hans Kelsen. O *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniano foi aperfeiçoado através da reforma constitucional de 1929, permitindo que as ações de inconstitucionalidade fossem interpostas diretamente ao tribunal.

⁹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. P.102.

⁹³ Nesse sentido, o processo de escolha dos magistrados é realizado pelo Presidente, devendo a escolha ser ratificada pelo Senado. Cf. MORAES, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional – Tomo I, Op. Cit., p. 280.

Seu surgimento tardio se deve à falta de valorização jurisdicional das constituições europeias, uma vez que, até a Segunda Guerra Mundial, a maioria dos textos constitucionais eram desvalorizados, possuindo uma tradição que valorizava mais a legislação ordinária do que a constitucional⁹⁴. Foi só no contexto do pós-WWII que passou a valer o princípio da supremacia constitucional na Europa continental, de modo que é possível afirmar que, junto a ele, nasce também o movimento neoconstitucionalista⁹⁵.

Assim, é possível afirmar que tais mudanças foram as responsáveis pela alteração na concepção de Constituição, que deixava de ser vista como mero documentos políticos que “continham as regras básicas sobre a organização do poder”⁹⁶, para ser compreendida como um sistema aberto de regras e princípios vinculantes, que devem corresponder à realidade do povo que a promulgou⁹⁷.

Tais mudanças⁹⁸ – tanto no que se compreendia por Constituição como no que compunha a ciência do Direito Constitucional – acarretaram em uma expansão da jurisdição constitucional e posterior adoção de um controle de constitucionalidade. Isso ocorre porque “a validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a

⁹⁴ “Até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente uma cultura jurídica essencialmente legicêntrica, que tratava a lei editada pelo parlamento como a fonte principal - quase como a fonte exclusiva - do Direito, e não atribuía força normativa às constituições. Estas eram vistas basicamente como programas políticos que deveriam inspirar a atuação do legislador, mas que não podiam ser invocados perante o Judiciário, na defesa de direitos. Os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos.” SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 113-146. P. 114.

⁹⁵ A Teoria do neocosntitucionalismo, surgiu, conforme mencionado acima, no contexto do pós-2º guerra mundial, com a quebra da concepção de que o legislador ditava o que era direito, bem como a valorização da força normativa da Constituição e a proteção aos direitos previstos no texto constitucional, sobretudo no que corresponde a dignidade da pessoa humana. Para mais cf. CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid, Trotta, 2003.

⁹⁶ URBANO, M. B. *Curso de Justiça Constitucional*. Op. Cit., P.37.

⁹⁷ “A Constituição já não se limita a fixar os limites do poder do Estado, por meio da liberdade civil, e a organizar a articulação e os limites da formação política da vontade e do exercício do domínio, senão que se converte em positividade jurídica dos ‘valores fundamentais’ da ordem da vida em comum.” Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden -Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 40.

⁹⁸ Barroso disserta que “A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2a. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático.” BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007, 9: 1-41. P.3

imperatividade típica do Direito. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição”⁹⁹.

São essas as circunstâncias e os ideais que ensejam a mudança dos sistemas constitucionais no continente europeu, que, após os traumas deixados pelos regimes ditatoriais, passou a depositar mais confiança em seu poder judiciário e a instituir o controle de constitucionalidade unitário – ou concentrado – em seus ordenamentos constitucionais.

O referido modelo de controle de constitucionalidade recebe essa denominação por incumbir com exclusividade a um único órgão de uma jurisdição específica, criado com este intuito (ex.: Tribunal Constitucional), de modo que o controle das normas fica concentrado a este órgão.

Inspirado na teoria de Kelsen acerca da legitimidade da proteção da constituição¹⁰⁰, compete também ao órgão destinado a guardar o texto constitucional executar o controle de constitucionalidade, não a partir de um caso concreto, mas sim a partir do confronto entre dois textos jurídicos com valores diferentes¹⁰¹. Desta forma, o que estaria em tela não seria a defesa de um direito individual, mas sim a ponderação entre dois princípios: a força normativa da lei e a supremacia da constituição.

Nesse sentido, foi designado a um órgão exclusivo, separado da jurisdição comum, a função de proteger e guardar a constituição, competindo ao juiz constitucional verificar se os atos do legislativo estavam de acordo com a constituição, caso não estivesse, a decisão de inconstitucionalidade teria um efeito *erga omnes*, de forma que o juiz assumiria o papel de *legislador negativo*.

O jurista austríaco afastava também a hipótese de atribuir o controle a um órgão político, semelhante ao modelo Francês, por achar que isso daria muito poder ao legislador,

⁹⁹ BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p.244-245.

¹⁰⁰ Ver *supra* 1.1.2

¹⁰¹ Nesse sentido cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.733 e ss.

incumbindo a este o poder de criar e controlar a criação de dispositivos legais, isto é, competiria a ele ser, ao mesmo tempo, o controlado e o controlador.

Há de se falar ainda, nos efeitos da decisão de inconstitucionalidade que, diferentemente do modelo de controle difuso, não declara a nulidade de uma lei, mas anula a mesma, que até então era válida e eficaz. Desta forma, a lei só perde sua validade a partir da decisão judicial que declarou sua cassação, preservando assim os efeitos da aplicação da lei, isto é, a decisão que anula o ato normativo inconstitucional possui eficácia *ex nunc*¹⁰².

Ademais, cumpre ressaltar que este modelo se tornou mais adequado para a maioria dos países que não eram aderentes da *commown law*, e, portanto, não adotavam a regra do *stare decisis*¹⁰³. De forma que a utilização da *judicial review* americana poderia ocasionar diversas situações de insegurança jurídica, uma vez que ficaria a cargo do juiz a aplicação (ou a não aplicação) da norma¹⁰⁴.

1.5.4 Os demais modelos híbridos

A partir dos modelos desenvolvidos nos Estados Unidos e na Áustria, foi possível que cada nação buscasse aquele modelo que melhor lhe servia. Com o desenvolvimento do constitucionalismo e o surgimento de novas constituições a implantação de uma justiça constitucional tornou-se inevitável.

Sucedeu-se então que muitos países adaptaram os modelos existentes de controle de constitucionalidade a sua própria necessidade. Urbano constata que é facilmente identificável em certos sistemas de controle alguns desacertos em relação ao modelo puro. Para ela “esses desvios consubstanciam uma aproximação entre os dois modelos puros, que assim convergem ou confluem, seja através da combinação de elementos típicos de cada um deles, seja por força da utilização de institutos que proporcionam um resultado idêntico ou quase idêntico ao que resultaria uma tal combinação”¹⁰⁵.

¹⁰² CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Op. Cit., p.116.

¹⁰³ Princípio típico do regime da *common law*, segundo o qual uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal é vinculada a todos os demais tribunais e juízes.

¹⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático*. Coimbra Editora, 2012, p.187.

¹⁰⁵ URBANO, M. B.. *Curso de Justiça Constitucional*, Op. Cit., p.20.

Exemplos destes sistemas de controle de constitucionalidade mistos, como também são conhecidos, podem ser facilmente identificados. Especialmente porque geralmente é atribuído as demais cortes do poder judiciário a competência de realizar um controle de constitucionalidade no que concerne aos atos processuais e judiciais, mas é de competência exclusiva de uma corte superior (que pode ser um Supremo Tribunal ou um Tribunal Constitucional) proferir decisões em nomeadas ações de controle concentrado ou abstrato¹⁰⁶. Destacar-se-ão os sistemas Português e o Brasileiro.

O português se aproximar do modelo concentrado, por atribuir exclusivamente ao Tribunal Constitucional um controle abstrato, por via direta ou por via de ação da conformidade com a Constituição de normas jurídicas, independentemente da aplicação da norma a um caso concreto. Ao mesmo tempo, há, no sistema português, uma forma de controle concreto (ou incidental) da constitucionalidade das normas, que pode ser exercido por todos os tribunais, ocorrendo no momento da aplicação de tais normas de acordo com o caso que estiver em tela¹⁰⁷.

O sistema Brasileiro de controle de constitucionalidade é mais complexo, vez que, adotou-se o sistema de controle difuso, concedendo a todos os juízes e tribunais o direito de analisar no caso concreto a compatibilidade da norma jurídica à Constituição, ficando a cargo do Supremo Tribunal Federal (STF) efetuar o controle difuso nas ações de sua competência originária, bem como nas em que ele atua por via recursal.

¹⁰⁶ Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário o poder-dever de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1079.

¹⁰⁷ CORREIA, Fernando Alves. Justiça Constitucional, Op. Cit., p.117.

Parte 2 – A realização da Constituição pelo juiz constitucional

A segunda parte do presente trabalho dedicar-se-á a realização da Constituição, bem como à função do juiz enquanto interprete oficial ou final da carta magna. Deste modo, objetiva-se esclarecer acerca do entrelaçamento entre os aspectos político e jurídico presentes nas decisões jurídico-constitucionais. Para tal, é necessário que seja analisado o modo como ele interpreta e aplica o texto constitucional.

Ressalta-se que a atividade de interpretar é algo que é inerente ao ser humano, contudo, a interpretação jurídica, sobretudo a interpretação constitucional, deve sempre visar a solução de uma problemática pré-existente. Isto é, o ato de interpretar uma lei ou um ato normativo deve obedecer uma metodologia adequada e seguir os princípios aplicáveis, visando assim, uma solução mais adequada ao caso-problema em tela¹⁰⁸.

Concerne, neste momento, buscar as raízes da hermenêutica¹⁰⁹, especificamente da hermenêutica constitucional, principalmente por esta ser a ciência encarregada de estudar especificamente a interpretação da Constituição. Deve-se destacar a necessidade da adoção da utilização de uma hermenêutica tipicamente constitucional e não da hermenêutica jurídica de modo geral¹¹⁰, pois, por estarmos nos ocupando do texto constitucional, devemos nos atentar as suas especificidades tais como os enunciados, que, muitas vezes, são mais abertos e não possuem a clareza das leis infraconstitucionais, mormente devido ao fato da Constituição necessitar uma estabilidade maior através do tempo¹¹¹.

¹⁰⁸ “Originalmente, indica-se como interpretação apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma(de um texto). A utilização de um conceito de interpretação delimitado também faz sentido: a pergunta sobre o método, por exemplo, apenas se pode fazer quando se tem uma interpretação intencional ou consciente.”. HÄBERLE, Peter; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. SA Fabris Editor, 1997, p.14.

¹⁰⁹ Atentar-se-á para a diferença entre hermenêutica e interpretação, que apesar de serem relacionadas, não podem ser tidas como sinônimos. Como bem coloca Maximiliano: “Esta (hermenêutica) é a aplicação daquela(interpretação); a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Forense,2011. P.1.

¹¹⁰ Apenar de este não ser um posicionamento estabilizado na doutrina jurídico constitucional, há de reconhecer-se as especificidades do texto constitucional, assim, adotar-se-á a postura de uma hermenêutica propriamente constitucional, a fim de aproximar-se da solução mais adequada para os problemas jurídico-constitucionais.

¹¹¹ “A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. (...) Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.” HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Op. Cit., p. 13

O ato de interpretar uma Constituição requer uma maior atenção, uma vez que a mesma é influenciada por diversos fatores, que devem ser tomados em consideração pelo interprete. Desta forma, não é possível interpretar o texto constitucional sem atentar para elementos como: o contexto social, institucional e cultural; a posição do interprete; e a metodologia jurídica¹¹² a ser adotada.

Tais elementos tornam-se essenciais para a realização da constituição, sem considera-los é impossível que seja realizada uma adequada interpretação, sobretudo pelo texto constitucional ser distinto dos demais textos, até mesmo das outras normas jurídicas.

A peculiaridade constitucional se sobressai em dois aspectos: sua superioridade hierárquica e o aspecto político inerente a norma constitucional¹¹³. De modo que a superioridade hierárquica demonstra-se tanto no aspecto *formal* quanto no aspecto *material* dos dispositivos constitucionais. Quanto ao aspecto político, conforme já mencionado anteriormente, este é inerente a Constituição e pode ser representado pelos diversos dispositivos que atribuem competências aos poderes, fixam o comportamento dos órgãos estatais, dispõem sobre os direitos humanos, bem como regulamentam a estrutura básica do Estado.

O brocado latino *in claris non fit interpretatio* deve ser desconsiderado completamente nesta ocasião, especialmente no contexto atual de um Estado de Direito Social. Além dos enunciados abertos, tais como os princípios e os direitos fundamentais (que não possuem uma limitação explícita na constituição), há de se falar também no sentido da Constituição¹¹⁴. Isto é, uma constituição deve manter-se atual, acompanhando os momentos sociais e políticos de seus constituintes, sob pena de tornar-se apenas uma folha de papel, como coloca Lassalle¹¹⁵.

Ademais, cumpre salientar que a variedade de interpretes da constituição, como proposto por Haberle¹¹⁶, não é possível limitar os interpretes da constituição, posto que todos

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. Saraiva, 2009, p.128

¹¹³ Cf. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15° ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 460 e ss.

¹¹⁴ “Nenhum texto constitucional dispensa interpretação, sob pena de não adaptarmos o dever ser de suas normas ao influxo dos acontecimentos sociais, históricos, políticos, religiosos e econômicos, presentes num determinado momento.”. BULOS, Uadi Lamêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015, p.447.

¹¹⁵ LASSALLE, Ferdinand. Que é uma Constituição?. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

¹¹⁶ “(...) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potencias públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado

aqueles que vivem a constituição irão interpreta-la. Busca-se esclarecer, contanto, que em razão de não poder limitar os interpretes da constituição não se deve assumir que toda as interpretações possuem o mesmo valor. Como visto no capítulo anterior, cumpre ao órgão constitucional (ou agente constitucional, no caso dos países que adotam a *judicial review*) determinar a interpretação oficial da Constituição, isto é, a última palavra acerca da exegese constitucional.

Convém, contudo, esclarecer que a exegese constitucional não pode ser compreendida como uma formula matemática, não há apenas uma resposta correta, sobretudo nas questões de maior incidência política. Assim, deve-se buscar os instrumentos fornecidos pela hermenêutica constitucional a fim de se obter aquela que demonstra ser a resposta mais *adequada* à questão jurídico-constitucional a ser analisada no momento.

Nesse sentido, cabe esclarecer primeiramente, a função do juiz enquanto interprete oficial da norma constitucional. Para tal, abordar-se-á as problemáticas a serem enfrentadas pelos juízes enquanto interpretes da Constituição, tais como a relação entre uma nova Constituição e o ordenamento jurídico pré-existente e a relação do texto constitucional com as normas de direito internacional, isto é, tratados e acordos internacionais.

Passar-se-á, então, a analisar o que se compreende pela realização da Constituição, isto é, o modo como a constituição é aplicada e interpretada judicialmente, os princípios a serem respeitados e a metodologia a ser aplicada.

Dessa maneira, abordar-se-á a questão jurídico-constitucional e as problemáticas que a permeiam. Assim, buscar-se-á conceituar e compreender os pontos a serem ponderados e tidos em consideração pelo juiz constitucional, quando este estiver em busca de uma solução para a referida questão. Ademais, esclarecer-se-á também sobre os estágios interpretativos a serem seguidos quando a exegese constitucional se dá em razão de uma situação-problema.

No que cabe aos estágios interpretativos, cumpre esclarecer a funcionalidade e o funcionamento de cada um destes estágios. Na etapa de construção, se reconhece e complementa os enunciados linguísticos, isto é, se constrói o sentido linguístico da norma, permitindo ao interprete compreender a intenção do legislador ao redigir a norma constitucional. No momento da concretização buscar-se-á traçar a relação entre o texto da

ou fixado com *numerus clausus* de interpretes da Constituição”. Haberle, Peter. Hermenêutica Constitucional. Op. Cit. p. 13

norma e o problema a ser solucionado, assim, partindo do sentido obtido no momento da construção o interprete deverá buscar relacioná-lo ao problema jurídico-constitucional, considerando todas as premissas determinadas pela doutrina hermenêutico-constitucional. Por fim, durante o momento da aplicação é que ocorre, de fato, a realização da Constituição, pois, é neste momento que o *dever ser* constitucional se encontra ao *ser* da Constituição, em outras palavras, a norma constitucional sai do plano teórico para o plano real, solucionando a questão jurídico-constitucional.

Há de se falar então, dos diversos conceitos que regem a interpretação constitucional. Primeiramente as metodologias interpretativas tipicamente constitucionais, seguido dos princípios que regem a interpretação constitucional, bem como dos limites a esta interpretação e sobre o fenômeno da mutação constitucional.

No que compete às metodologias interpretativas, deve-se esclarecer a escolha de uma abordagem aprofundada acerca das metodologias tipicamente constitucionais, por se tratarem de métodos mais atuais e próprios da interpretação constitucional e de suas particularidades. Assim, esclarecer-se-á sobre os métodos tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico espiritual, normativo-estruturante e o método comparativo.

A seguir, tratar-se-á acerca dos princípios de interpretação a serem apreciados pelo interprete. São eles: da unidade da constituição, da correção funcional, da concordância prática, do efeito integrador, da força normativa da constituição, da máxima efetividade, da razoabilidade e proporcionalidade, da conformidade, da supremacia constitucional, da presunção de constitucionalidade e interpretação conforme a constituição.

Prosseguir-se-á, então, para a análise da influência dos aspectos políticos nas decisões jurídico-constitucionais, para tal, utilizar-se-á a teoria proposta por Ronald Dworkin acerca de uma *leitura moral da Constituição* a ser realizada pelos juízes constitucionais. Nessa esteira, os juízes deveriam fazer uma leitura moral quando confrontados com princípios demasiadamente abertos, ponderando, assim, o aspecto político dos mesmos e a intenção do legislador.

Por fim, tratar-se-á dos limites interpretativos a serem respeitados pelo interprete, bem como do fenômeno da mutação constitucional, que consiste na mudança de entendimento de um dispositivo constitucional em razão da mudança dos fatos extra-

jurídicos. Assim, buscar-se-á elucidar *quais* os limites interpretativos que o juiz constitucional deverá respeitar a fim de não ultrapassar os limites de sua função jurisdicional, bem como abordar a relevância da mutação constitucional e os motivos pelos quais esse fenômeno ocorre.

Cumprir ainda esclarecer que não é possível adotar os instrumentos hermenêutico-constitucionais a serem vistos neste capítulo como universais, pois, consoante ao que foi abordado nos capítulos anteriores, a justiça constitucional diverge em diversos aspectos de acordo com cada Estado¹¹⁷.

2.1 O juiz enquanto intérprete da norma constitucional

Observa-se, a partir do que foi analisado até o momento, que, em diversos países incumbe ao juiz constitucional a figura de intérprete oficial da constituição, em outras palavras, a interpretação realizada pelo juiz constitucional é a que deve ser obedecida pelos demais intérpretes.

Isto, porém, não significa que ele é o único intérprete da constituição. Há de se falar na teoria de Häberle¹¹⁸ acerca da pluralidade de intérpretes constitucionais, contudo, o próprio autor reitera a ideia de que cumpre a jurisdição constitucional, a última palavra nos termos de interpretação constitucional. Assim sendo, não há de se entrar nesta seara, por estarmos visando justamente uma melhor compreensão do papel do juiz constitucional enquanto intérprete do texto constitucional.

Cumprir mencionar, ainda, a posição de Sarmento¹¹⁹, na qual o autor rejeita a concepção de “última palavra” em termos de interpretação constitucional. Tal

¹¹⁷ “Possibly there is no room for a truly universal theory (of the constitutional interpretation). After all, the law, including constitutional law, can vary from country to country, and from period to period even in one country. Even the most basic understanding of the constitution and its role in the life and law of a country may be different in different countries. How can there be a theory of constitutional interpretation that spans all these differences?”. RAZ, Joseph. “On the authority and interpretation of constitutions: some preliminaries”, in Larry Alexander(ed.), *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, p.152.

¹¹⁸ Cf. HÄBERLE, Peter; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. SA Fabris Editor, 1997.

¹¹⁹ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 561.

posicionamento é justificado por ele em razão das decisões não serem definitivas, de modo que existe a possibilidade de uma mudança no entendimento do juiz constitucional em relação a uma matéria que já esteve em litígio anteriormente.

Rousseau¹²⁰ aponta, então, duas correntes para concepção do juiz constitucional enquanto interprete da Constituição. A primeira delas corresponde aos adeptos da teoria de Montesquieu, do juiz enquanto “boca da lei”, segundo a qual “las disposiciones constitucionales poseen en si mismas un significado; conocerlas constituye, por tanto, un acto simple ya que al juez le bastaría con leerlas. Eventualmente, en caso de dificultad, el juez podría remitirse a los trabajos preparatorios o a la intención de los autores y, en consecuencia, juzgar sería un gesto mecánico consistente en aplicar un texto que posee por sí mismo un significado objetivo”.

Esta primeira visão da atuação do juiz enquanto interprete nos remete ao ideal do juiz enquanto “soldado da lei”, como chamado por Tavares¹²¹. Cumpre esclarecer que está é, sem dúvida, uma visão ultrapassada do papel do juiz constitucional, especialmente por estarmos em tempos de Estados Constitucionais de Direito, onde a norma constitucional precisar ser aplicada corretamente, preservando os princípios fundamentais e não apenas reproduzindo aquilo que encontra-se escrito.

Para a outra corrente a situação é oposta. O texto da Constituição possuiria enunciados linguísticos demasiadamente abertos para que ele possa ser compreendido categoricamente. Este pensamento aplica-se sobretudo aos princípios que “no tienen un significado objetivo que determine con seguridad el contenido de la ley y, llegado el caso, el contenido de la decisión del juez”¹²². Esta teoria é a mais adotada na contemporaneidade, tendo em vista a proteção aos direitos humanos e direitos fundamentais.

¹²⁰ ROUSSEAU, Dominique; ISABEL (TRAD.) ORTIZ PICA; TERESA (EST.) FREIXES SANJUN. La justicia constitucional en Europa. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. P. 21-23.

¹²¹ Cf. “A proposta remonta, preliminarmente, à distinção entre juiz conforme a lei e juiz da lei, ou seja, entre a postura clássica da função jurisdicional (juiz conforme a lei) e a postura desenvolvida, sobretudo, com o constitucionalismo e, com maior intensidade, pelo neoconstitucionalismo (juiz da lei, juiz conforme a Constituição). O exercício clássico das funções judiciais (juiz segundo a lei) pressupõe um Estado de Direito formal e uma separação (divisão funcional) de Poderes, como observou Calamandrei. Mas o exercício da função de controle da lei pressupõe algo mais, pois essa postura judicial só pode se estabelecer no marco do Estado Constitucional de Direito, e não de qualquer Estado.”. TAVARES, André Ramos. Paradigmas do judicialismo constitucional. 2012. P. 19.

¹²² Cf. ROUSSEAU, Dominique; ISABEL (TRAD.) ORTIZ PICA; TERESA (EST.) FREIXES SANJUN. La justicia constitucional en Europa. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. P. 21-23.

Bachoff¹²³ defende esta percepção ao afirmar que as decisões proferidas pelos juízes constitucionais possuem um alcance muito maior do que as emitidas pelos demais juízes, possuindo, muitas vezes, um impacto político muito mais acentuado, e que essa liberdade interpretativa concedida aos juízes constitucionais deve ser reforçada devido ao fato de uma Constituição possuir enunciados que permitam uma vasta gama de interpretações¹²⁴.

Ademais, é necessário abordar também as problemáticas inerentes a atuação do juiz constitucional enquanto interprete da norma, tal como o conflito com normas anteriores a constituição, bem como a relação entre a Constituição e os tratados internacionais.

Em relação ao primeiro, é necessário que o juiz constitucional tenha em mente dois princípios de interpretação constitucional (que serão vistos mais profundamente no próximo capítulo), sendo eles: o *princípio da supremacia constitucional* e o *princípio da continuidade da ordem jurídica*.

São estes princípios que irão reger as relações entre a ordem jurídica anterior e a nova Constituição. Enquanto que o primeiro princípio determina se as disposições anteriores estão compatíveis com os preceitos instituídos pela nova Constituição, o segundo dispõe a favor da manutenção da eficácia e vigência das normas infraconstitucionais anteriores¹²⁵. Este processo é o que costuma-se chamar de *recepção*¹²⁶.

Cabe, nesse sentido, ressaltar que a norma recepcionada pela nova constituição pode requerer uma nova leitura e interpretação. Isto ocorre em razão de que o fundamento original de validade da norma tenha sido alterado em face à nova ordem constitucional. Desta forma, a norma poderia continuar válida se atrelada a um novo fundamento¹²⁷.

¹²³ BACHOFF, Otto. Estado de direito e poder político. IN: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1980, 56.p.11-12.

¹²⁴ Nas palavras do autor: “Uma Constituição não contém uma regulamentação detalhada, antes se caracterizando pela presença de amplas clausulas gerais e de conceitos de valor que necessitam ser preenchidos. A margem de liberdade do intérprete e, conseqüentemente, o seu poder de tomar uma decisão autônoma são por isso aqui especialmente grandes.” BACHOFF, Otto. *Ibidem*, p.11.

¹²⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.72.

¹²⁶ Sobre o processo de recepção Kelsen afirma: “Uma grande parte das leis promulgadas sob a antiga Constituição permanece, como costuma dizer-se, em vigor. No entanto, esta expressão não é acertada. Se estas leis devem ser consideradas como estando em vigor sob a nova Constituição, isto somente é possível porque foram postas em vigor sob a nova Constituição, expressa ou implicitamente(...). O que existe, não é uma criação de Direito inteiramente nova, mas recepção de normas de uma ordem jurídica por uma outra”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra, Armédio Amado, 1979. p.290-291.

¹²⁷ “O fato de o novo ordenamento ser constituído em parte por normas do velho não ofende em nada o seu caráter de normatividade: as normas comuns ao velho e ao novo ordenamento pertencem apenas materialmente

Em relação ao conflito de normas estrangeiras com o texto constitucional, cabe mencionar, primeiramente, que este é um tema bastante controverso, sobretudo devido ao fato dele representar uma limitação à soberania constitucional. Assim, considerar que uma norma de direito internacional seria superior a Constituição é algo, no mínimo, polêmico.

O que buscar-se-á esclarecer, então, é a relação entre o texto constitucional e os tratados internacionais e qual a sua posição em relação a Constituição. Nesse sentido, Barroso¹²⁸ afirma que é possível avaliar a constitucionalidade dos tratados internacionais sob dois fatores: em relação a sua constitucionalidade *extrínseca* e sua constitucionalidade *intrínseca*. O primeiro fator refere-se aos casos em há inconstitucionalidades formais, enquanto que o segundo fator representa as inconstitucionalidades materiais.

Há, então, uma divergência entre a postura a ser adotada pelo juiz constitucional diante de tais situações. Enquanto as Constituições da França (art. 54), da Espanha (art.95, I) e da Alemanha (art.79, I) dispõem que um tratado que conflita com a lei fundamental do país não pode ser aprovado sem previa revisão constitucional, a Constituição portuguesa traz em seu art. 277, 2¹²⁹ uma disposição que se destaca das demais, por autorizar a aplicação dos tratados internacionais, mesmo que seja constatada a inconstitucionalidade formal, desde que não haja ofensas às disposições fundamentais. No Brasil, o posicionamento adotado é o de que o tratado é inválido e está sujeito à declaração de inconstitucionalidade, com a hipótese de revisão de decisão pelo STF, caso se trate de um tratado que já se encontrava em vigor ao momento da promulgação de uma nova Constituição, sendo que o mesmo será declarado ineficaz, se for incompatível com a nova ordem constitucional.

Ademais, há de se retratar outro assunto que tem sido bastante discutido entre doutrinadores e nas próprias cortes, qual seria o posicionamento ideal a ser adotados pelos

ao primeiro; formalmente, são todas normas do novo, no sentido de que elas são válidas não mais com base na norma fundamental do velho ordenamento, mas com base na norma fundamental do novo. Nesse sentido falamos de recepção, e não pura e simplesmente de permanência do velho no novo. A recepção é um ato jurídico com o qual o ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento jurídico, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito à forma”. BOBBIO, Norberto; DE CICCIO, Claudio. Teoria do ordenamento jurídico. UnB, 1999, p.177.

¹²⁸ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação Op. Cit., p.22 e ss.

¹²⁹ *In verbis*: “A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental.”.

juízes em relação às jurisprudências estrangeiras. Isto é, o intercâmbio de jurisprudências entre juízes constitucionais de diferentes Estados.

Zagrebelsky¹³⁰ aponta como expoente desta discussão o art. 39, 1, b e c da Constituição da África do Sul, segundo o qual, ao interpretar as normas, os tribunais devem considerar as normas de direito internacional e que podem considerar também leis estrangeiras. Em oposição a este pressuposto, encontra-se “la idea de defender las características originales de la constitución contra los “cruces bastardos” con experiencias no aborígenes y contra la ofuscación del derecho constitucional en un genérico constitucionalismo sin fronteras y caracteres”¹³¹.

Esta tendência tem sido considerada, sobretudo, no campo dos direitos fundamentais, uma vez que é utilizada em função de uma uniformização universal da compreensão destes direitos. Assim, as cortes constitucionais nacionais estão fazendo uso da jurisprudência internacional ou extranacional a fim de unificar o entendimento nacional em termos de direitos humanos e fundamentais.

2.2 A realização da constituição

Para obter uma melhor compreensão do tema, é imperioso tratarmos da realização da constituição através da justiça constitucional. Para isso, dever-se-á compreender o significado atribuído à expressão “realização”, a fim de entender sua importância para a justiça constitucional.

A tarefa de realizar uma Constituição (ou realizar a Constituição) pode ser definida como a atividade de aplicação de uma constituição¹³². Nesse sentido, a realização da constituição seria entendida como a aplicação do texto constitucional (e de seus princípios e diretrizes implícitas) ao caso concreto.

¹³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. Que es ser juez constitucional?. e-libro, Corp., 2006.

¹³¹ Também em oposição a corrente seguida pela África do Sul está o *Constitution Restoration Act* americano, que determina uma proibição para que os juízes não possam interpretar a Constituição levando em consideração documentos que não sejam nacionais, isto é, decisões de *supreme court* de outros Estados ou tribunais internacionais de Direitos Humanos.

¹³² Sobre o tema, A. Castanheira Neves preleciona: “Diremos <<realização do direito>> a actividade institucional e os actos pelos quais se decidem normativo-juridicamente questões jurídicas concretas - <<casos>> jurídicos”. *O actual problema metodológico da realização do direito*. IN: *Digesta: Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros*, Vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p.249.

A princípio, esta é uma tarefa remetida à Justiça Constitucional, e, portanto, aos juízes constitucionais enquanto responsáveis pela resolução das questões jurídico-constitucionais. Ocorre, contudo, que essa tarefa não se dá naturalmente, sobretudo devido à natureza política da Constituição. Tal natureza não significa restringir a constituição a um documento político, mas sim perceber que a Constituição é um documento jurídico-político¹³³ inserido no topo da ordem jurídica a fim de estabelecer as diretrizes políticas que determinarão o funcionamento do Estado.

Conclui-se, então, que “a Justiça Constitucional representa, em simultâneo, a realização das dimensões materialmente jurídicas da Constituição e a realização dos seus conteúdos político-programáticos dotados de uma cobertura jurídica”¹³⁴. De forma que esta tarefa (de realizar a constituição) deve ser feita com especial atenção, pois é necessário que seja respeitado não só o direito em questão, mas também todos os aspectos inseridos no texto constitucional.

Ademais, há de se acrescentar que a realização da Constituição, apesar de muitas vezes remetida à Justiça Constitucional, não é exclusiva a esta. É necessário admitir que a Constituição pode (e deve) ser realizada por outros órgãos, que não somente aquele determinado como Guarda da Constituição¹³⁵. Entretanto, focar-se-á na realização da Constituição pela Justiça Constitucional. Nesse sentido, faz-se necessário retomar as problemáticas em torno da realização da Constituição pelos tribunais constitucionais ou pelos órgãos incumbidos de tratar questões jurídico-constitucionais.

Sendo a principal ocupação da justiça constitucional o controle de constitucionalidade, retomaremos este ponto, tendo em vista a realização da constituição pelo controle de constitucionalidade realizado pelos órgãos da justiça constitucional.

¹³³ Nas palavras de A. Castanheira Neves, “(...) a constituição é o pacto político-social fundamental e o estatuto político-jurídico da comunidade que através dela se define como comunidade política e se organiza em Estado — que tanto é dizer que pela constituição a comunidade se define a si mesma, seja em termos fundadores, refundadores ou revolucionários, na estrutura do poder político, nas instituições e valores político-jurídico fundamentais e ainda no reconhecimento de direitos que tem também por fundamentais.” NEVES, António Castanheira. O direito como validade: a validade como categoria jurisprudencialista. Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza, v.34, n.2, 2013, p.39-76.

¹³⁴ MONIZ. Ana Raquel Gonçalves. O problema da Realização da Constituição pela Justiça Constitucional. IN: Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social, 6, Coimbra, 2010. Juízo ou decisão? : o problema da realização jurisdicional do direito. Coimbra : Instituto Jurídico, 2016. P.255.

¹³⁵ O *Constitucionalismo Popular* é uma das correntes que defende a extensão da realização e defesa da Constituição, para outros agentes que não os presentes na esfera judicial. Sobre o tema cf. KRAMER, Larry D. Popular constitutionalism, circa 2004. California Law Review, 2004, 92.4: 959-1011.

Encontramo-nos então de volta a uma discussão acerca da *fiscalização difusa de constitucionalidade*, em razão que esta é a forma de fiscalização que se dá em função de um caso concreto, e, portanto, seria a mais adequada a realizar a constituição. De forma que, o princípio da *judicial review*¹³⁶ torna-se essencial para a melhor compreensão deste momento em particular.

A partir do momento em que o juiz pondera a aplicação (ou a não-aplicação) de uma norma em razão de sua conformidade com a constituição, ele está realizando a constituição. Está realização se dá através de um raciocínio metodológico, que, por sua vez, possui suas próprias especificidades a serem cumpridas.

Com isso, é possível realizar um paralelo com o pensamento de Castanheira Neves, quando este alega que é em função do caso concreto e para fins de sua decisão “que se interrogam interpretativamente as normas jurídicas aplicáveis, as normas que possam ser critério normativo-jurídico da solução-decisão do mesmo caso”¹³⁷. É perceptível então que a *judicial review* funciona através deste paralelo interpretativo, uma vez que a lei anterior (que até o momento parecia ser a mais adequada para a resolução do caso) a partir da interpretação realizada pelo julgador se torna inapta para a resolução, bem como em desconformidade com os preceitos constitucionais.

Por outro lado, quando o controle se dá em fase recursal, há de se considerar uma hipótese diferente, onde ocorre o confronto entre duas normas (constitucional e infraconstitucional) que apontam soluções diferentes para situações juridicamente semelhantes. É em casos assim que cumpre ao órgão julgador fazer valer o princípio da supremacia constitucional e retirar a norma infraconstitucional do ordenamento jurídico, sob o argumento da inconstitucionalidade¹³⁸.

¹³⁶ Nas palavras de Moniz, a *judicial review* “(...) pressupõe que o controlo da constitucionalidade seja efetuado aquando da mobilização de uma norma para resolução de uma controvérsia jurídica, para um problema colocado pela realidade, dotado de relevância jurídica”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Op. Cit., “O problema da realização(...)”, p.265.

¹³⁷ NEVES, A. Castanheira. Metodologia Jurídica: problemas fundamentais. Coimbra : Coimbra Editora, 2011, p.83.

¹³⁸ Moniz traduz como sendo “a resolução de questões jurídico-constitucionais (como aliás, decorre do art. 221º da CRP), mas não de problemas jurídicos concretos, na acepção cunhada por Castanheira Neves, por não consubstanciarem problemas emergentes de uma situação jurídico-social”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Op. Cit. “O problema da realização...”, p.267.

Ademais, cumpre ressaltar as quatro singularidades das normas constitucionais fornecidas por Barroso¹³⁹, para justificar a sua apreciação diferenciada. Sendo elas: A superioridade hierárquica, a natureza da linguagem, o conteúdo específico e o caráter político.

A superioridade hierárquica é o fundamento que justifica o controle de constitucionalidade e a valorização da norma constitucional perante as outras, isto é, “é ela que confere à Lei Maior o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravir seu sentido”.

A natureza da linguagem constitucional é a premissa que justifica o fato das normas constitucionais terem enunciados mais “abertos”, isto é, enunciados que permitem uma significação subjetiva, abertos a diversas interpretações, isto ocorre em razão dos diversos princípios presentes na constituição e da difícil conceituação dos mesmos, o que nos remete a próxima premissa, o conteúdo específico da Constituição.

Barroso faz, neste ponto, uma diferenciação entre três espécies de normas encontradas na Constituição, as normas de conduta, as de organização e as normas pragmáticas. A primeira espécie é a mais comum no ordenamento jurídico, são as normas que pressupõem um fato e determinam uma consequência jurídica para esse fato. Já as normas de organização são mais específicas ao texto constitucional, e, como a própria denominação aduz, referem-se as normas que determinam a criação e aplicação das normas de conduta, além de estruturarem organicamente o Estado¹⁴⁰.

A última espécie de norma, as normas pragmáticas, são aquelas com as diretrizes dos valores a serem defendidos pelo Estado e os fins sociais a serem atingidos. Contudo, a grande característica dessa última espécie de norma constitucional é que ela aponta os fins a serem alcançados, mas não define os meios para alcançá-los.

Por conseguinte, o caráter político das normas constitucionais é facilmente encontrado, tanto em relação à origem, quanto ao seu objeto e ao resultado da aplicação das normas constitucionais. Entretanto, é esta a característica da norma constitucional mais “perigosa” e a que tem provocado um maior debate entre a doutrina constitucional. Em razão

¹³⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P.111.

¹⁴⁰Cf. Barroso, Luis Roberto. “Interpretação e Aplicação..”, *ibidem*. P. 111 e ss.

desta “natureza política” da constituição, há quem tema uma *politização do judiciário*, i. e., que as questões constitucionais não sejam vistas como problemas judiciais, mas sim, políticos, afetando assim, o equilíbrio de poder entre o judiciário, executivo e legislativo.

Destarte, é possível afirmar que todos os atos jurídico-constitucionais são dotados de uma caracterização política, sobretudo o controle de constitucionalidade das normas¹⁴¹, de modo que o aspecto político da Constituição (e das decisões pertinentes à Justiça Constitucional) torna-se indissociável, porém, é dever do órgão julgador manter-se atento quanto à politicidade de suas decisões, uma vez que a decisão tem de ser jurídica, e não política¹⁴².

A realização da Constituição é, portanto, uma tarefa constante, que compete, não exclusivamente, ao Tribunal Constitucional. Sua relação com a jurisprudência do referido tribunal requer especial atenção, nomeadamente pelo fato das normas constitucionais não serem expressamente claras, em razão de, muitas vezes, se tratarem de princípios que requerem o seguimento de uma metodologia adequada para que possam ser aplicados.

A jurisprudência proveniente das Cortes Constitucionais, sejam elas vinculadoras ou não, é a constatação mais adequada desta afirmação. Isto porque, não são somente as normas infraconstitucionais que estão sujeitas a uma interpretação em conformidade com a constituição¹⁴³. Por se tratar de um texto linguisticamente aberto, o texto Constitucional permite diferentes interpretações.

Assim, compete ao Juiz Constitucional a tarefa de realizar a metodologia mais adequada para a interpretação e aplicação da norma, tendo em busca sempre a resolução mais adequada juridicamente da situação-problema em tela. Contudo, conforme

¹⁴¹ Sobre o tema Cappelletti preleciona: “O controle judicial de constitucionalidade das leis sempre é destinado, por sua própria natureza, a ter também uma coloração ‘política’ mais ou menos evidente, mais ou menos acentuada, vale dizer, a comportar uma ativa e criativa intervenção das Cortes investidas daquela função de controle, na dialética das forças políticas do Estado”. CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado. Porto Alegre, 1984, p.114.

¹⁴² Nas palavras de Barroso, “Uma Corte Constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum. Mas somente pode agir dentro dos limites e das possibilidades abertas pelo ordenamento. Contra o direito o juiz não deve decidir jamais”. BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação (...). Op. Cit., p.116.

¹⁴³ Nesse sentido, cumpre acrescentar: “Também (o sentido) das normas constitucionais invocadas como parâmetro de controlo sofrem uma redensificação decorrente da experimentação a que elas são sujeitas pelas decisões proferidas no âmbito da Justiça Constitucional”. MONIZ. Ana Raquel Gonçalves. O problema da Realização da Constituição pela Justiça Constitucional. IN: Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social, 6, Coimbra, 2010. Juízo ou decisão? : o problema da realização jurisdicional do direito. Coimbra : Instituto Jurídico, 2016, p.304.

supramencionado, é necessário atentar para que não se deixe influenciar pelos aspectos políticos inerentes a tais decisões.

Uma vez que, conforme exposto, os aspectos político e jurídico do texto constitucional são indissociáveis e estão presentes de diversas maneiras no âmbito da justiça constitucional, indo desde o questionamento da natureza mais adequada para o órgão de fiscalização da constitucionalidade das normas até as formas de realizar este controle, bem como o modo como os juízes devem realizar a Constituição.

Sendo o objetivo do presente trabalho a busca pelos limites entre os fatores políticos e jurídicos que incidem nas decisões jurídico-constitucionais é imprescindível prosseguir para uma análise mais detalhada do que se pode compreender pela questão jurídico-constitucional.

2.3 A questão jurídico-constitucional

Antes de adentrarmos as especificidades da questão jurídico-constitucional, cumpre recapitular alguns conceitos básicos para, além da melhor compreensão da complexidade da mesma, a compreensão do processo de resolução da questão jurídico-constitucional. Assim, há de se recordar a diferença entre *texto normativo* e *norma*, onde o texto representa o enunciado da norma, seus pressupostos linguísticos, enquanto a norma representa o sentido atribuído ao texto normativo¹⁴⁴. É nesse sentido que aponta Häberle¹⁴⁵ ao proclamar que “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”.

¹⁴⁴“ Quando juristas falam e escrevem sobre "a" constituição, referem-se ao texto da constituição; quando falam "da" lei, referem-se ao seu teor literal. Mas um novo enfoque da hermenêutica jurídica desentranhou o fundamental conjunto de fatos [Grundsachverhalt] de uma não-identidade de texto da norma e norma. Entre dois aspectos principais o teor literal de uma prescrição juspositiva é apenas a "ponta do iceberg". Por um lado, o teor literal serve via de regra à formulação do programa da norma, ao passo que o âmbito da norma normalmente é apenas sugerido como um elemento co-constitutivo da prescrição. Por outro lado a normatividade, pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição, não é produzida por esse mesmo texto. Muito pelo contrário, ela resulta dos dados extralinguísticos de tipo estatal-social: de um funcionamento efetivo, de um reconhecimento efetivo e de uma atualidade efetiva desse ordenamento constitucional para motivações empíricas na sua área; portanto, de dados que mesmo se quiséssemos nem poderiam ser fixados no texto da norma no sentido da garantia de sua pertinência. Também o "conteúdo" de uma prescrição jurídica, i. é, os impulsos de ordenamento, regulamentação e critérios de aferição que dela partem (porque publicados, veiculados, transmitidos, aceitos e observados), não estão substancialmente "presentes" no seu teor literal.” MULLER, Frederich. Métodos de trabalho (...) Op. Cit. P.45.

¹⁴⁵ HÄBERLE, Peter. “Zeit und Verfassung” In DREIER, Ralf & SCHWEGMANN, Friedrich (org.). Probleme der Verfassungsinterpretation. Nomos: Baden-Baden, 1976. p. 293.

Há de se falar, para além da diferença entre o *texto da norma* e a *norma jurídica*, no conceito de *norma de decisão*¹⁴⁶, que, resumidamente, vem a ser quando a norma jurídica é interpretada em função de um problema jurídico-constitucional. Deste modo, o interprete buscará o texto da norma, para compreendê-la e, então, encontrar a norma de decisão que irá incidir sobre a questão a qual ele busca uma resposta.

Reitera-se, também, a conexão política da Constituição, fazendo-se necessário relembrar que toda decisão constitucional irá ter um impacto político na vida dos membros da sociedade.

Deve-se compreender que é impossível dissociar o aspecto político de uma norma constitucional¹⁴⁷. Sobretudo porque as Constituições são *organismos vivos*¹⁴⁸, isto é, precisam estar sempre em consonância com o momento histórico, político, cultural e social que a sociedade vive, além de terem dispositivos que regulamentam a atividade governamental do Estado.

Dito isto, cumpre relembrar também da vagueza presente na norma constitucional. É sabido que o texto constitucional é composto por enunciados linguísticos abertos, em outras palavras, possui uma *textura aberta*, o que automaticamente implicaria em um *espaço de interpretação*¹⁴⁹ maior.

Diante da revisão de tais conceitos, faz-se necessária a conceituação do que se pode entender por um problema jurídico-constitucional. Assim, adotar-se-á o conceito fornecido

¹⁴⁶Utilizar-se-á o seguinte conceito de norma de decisão: “a norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. Ai a distinção entre normas jurídicas e a norma de decisão. Esta é definida a partir daquelas”. GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.28.

¹⁴⁷ “O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la”. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15° ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p.461.

¹⁴⁸ A noção de Constituição enquanto organismo vivo, corresponde ao aspecto político-social da mesma. Nesse sentido: “Constituição é o organismo vivo delimitador da organização estrutural do Estado, da forma de governo, da garantia das liberdades públicas, do modo de aquisição e exercício do poder. Traduz-se por um conjunto de normas que estatuem direitos, prerrogativas, garantias, competências, deveres e encargos, consistindo na lei fundamental da sociedade.”. BULOS, Uadi Lamêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015, p.100

¹⁴⁹ Espaço interpretativo compreende, nas palavras de Canotilho, “o âmbito dentro do qual o programa normativo se considera ainda compatível com o texto da norma” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003, p.1203. Assim, entende-se por espaço interpretativo o campo extensivo de uma norma.

por Moniz¹⁵⁰, que traduz a questão jurídico-constitucional como “um problema juridicamente relevante que possui ligação específica com a Constituição, suscetível de resolução mediante a convocação e a ponderação de princípios e normas constitucionais. Além disso, esse tipo de problemas envolve sempre uma questão com incidência política (...) por a ela subjazer um confronto entre racionalidade jurídica (jurídico-constitucional) e necessidade política”.

A partir do conceito exposto acima, pode-se entender então que todo problema jurídico constitucional compreenderia um *hard case*, contudo, essa ideia não é de fato válida, pois, um dos principais princípios de interpretação constitucional alega que a Constituição tem que ser interpretada como uma¹⁵¹, isto é, a exegese constitucional tem que ser realizada na totalidade da norma, a fim de evitar que os dispositivos entrem em conflito uns com os outros. Nesse sentido, entender-se-á o problema jurídico-constitucional como todo problema jurídico que possui ligação com a Constituição e que é de competência da justiça constitucional.

Tal entendimento permite compreender, então, que o juiz constitucional, enquanto agente da justiça constitucional, é o encarregado de buscar, dentro da Constituição, a resposta mais adequada para a questão jurídico-constitucional.

Para tanto, ele deverá interpretar o texto da norma constitucional conforme os métodos e princípios descritos mais a frente, a fim de encontrar a norma de decisão e aplicá-la a questão jurídico-constitucional, realizando a Constituição.

Ocorre que este processo não se dá de forma simples, há diversos pormenores que devem ser tidos em consideração, sobretudo por se tratar de uma interpretação constitucional. Ademais, cumpre lembrar que a interpretação enquanto *vênus de milo*¹⁵², isto é, a interpretação enquanto ato pessoal e único, irá variar conforme o interprete.

¹⁵⁰ MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. O problema da Realização (...). Op. Cit. P.255-256.

¹⁵¹ Ver 2.5 sobre os princípios próprios de interpretação constitucional.

¹⁵² Supondo que entregue-se a três escultores, três blocos de mármore idênticos e peça-se para cada um deles fazer uma escultura da *Vênus de Milo*. Ao final dos trabalhos ter-se-á três esculturas de três *Vênus de Milo*, distintamente diferentes entre si, mas perfeitamente identificáveis como tais. O que nota-se através desta metáfora é que cada escultor realizou seu trabalho a partir de sua própria interpretação da *Vênus de Milo*, e portanto produziram três versões diferentes, pois cada escultor realizou sua própria interpretação. Nesse sentido, Cf. GRAU, Eros. Ensaio e discurso sobre Interpretação e aplicação do direito. Op. Cit. P.33 e 34.

A interpretação constitucional, quando voltada para a solução de um problema jurídico-constitucional, é composta por três momentos: a construção, a concretização e a aplicação¹⁵³. Assim, cumpre elucidar um pouco mais acerca de cada um desses chamados momentos interpretativos, para que seja possível a percepção da função do juiz enquanto realizador da Constituição e decisor de questões jurídico-constitucionais.

Primeiramente, cumpre recordar que a ideia da interpretação constitucional como um silogismo, onde a norma constitucional é a premissa maior, a questão jurídico-constitucional é a premissa menor e a conclusão seria a solução constitucionalmente adequada, está superada. Sabe-se que a Constituição possui especificidades que diferenciam a sua interpretação das demais normas jurídicas, de forma que a realização da constituição se dá de forma diferente da das demais normas.

Ademais, como referido no início deste capítulo, a interpretação constitucional é influenciada pelo momento atual, isto é, por fatores externos ao texto da norma, de modo que é impossível dissociá-la de tal. Nesse sentido, passa-se ao estudo dos estágios interpretativos a fim de compreender a forma como eles funcionam e de que modo otimizam a realização da constituição¹⁵⁴.

2.3.1 Construção

A Construção Constitucional surgiu, a princípio, na Supreme Court Americana, que passou a entender a designação de um sentido de uma norma como *construction* da mesma. Há de se ressaltar que doutrinariamente há uma divergência entre o que compreende-se por interpretação e o que se entende por construção.

¹⁵³ Para Bulos, a interpretação constitucional engloba três momentos racionais complementares, sendo eles: a construção, a concretização e aplicação. A etapa da construção supõe a construção do sentido da norma, isto é, quando há o processo de esclarecimento da intenção do legislador. A concretização corresponde ao processo realizado após a construção do sentido da norma, onde se busca a aproximação do sentido construído com o problema em tela. E a aplicação implica ao emprego da norma concretizada e aos efeitos jurídicos a serem produzidos pela referida norma. BULOS, Uadi Lamêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015, p.447.

¹⁵⁴ Barroso define os três estágios como “marcos do itinerário intelectual que leva a realização do direito. Cuidam eles de apurar o conteúdo da norma, fazer a subsunção dos fatos e produzir a regra final, concreta, que regerá a espécie”. BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. Op. Cit., p.107.

Enquanto a primeira conduz a compreensão dos símbolos e enunciados linguísticos presentes no corpo normativo, a segunda representa o entendimento dos elementos presentes no texto. Em outras palavras, a construção corresponde à percepção do sentido do texto como um todo, e não somente dos enunciados ou símbolos que compõe o referido texto, como é o caso da interpretação¹⁵⁵.

Há, contudo, de ressaltar que esta diferença não é aceita por toda doutrina. Existem muitos autores que tomam construção e interpretação como sinônimos, como é o caso de Teixeira¹⁵⁶. O autor destaca sua opinião ao pontuar que “não há motivo para essa distinção entre ‘construção’ e ‘interpretação’ constitucional (e muitos juristas norte-americanos são desta opinião), porque, na verdade, toda autentica, verdadeira interpretação é construção, pois o interprete não pode ater-se exclusivamente ao texto, à letra da lei, isolando-a das suas outras partes do ordenamento jurídico, e dos princípios e valores superiores da Justiça e da Moral, da ordem natural das coisas, das contingencias históricas, da evolução e das necessidades sociais, da vida, enfim”.

No campo constitucional, pode se compreender então, que a construção do texto constitucional cumpre o entendimento da norma constitucional como uma, isto é, a noção de que a Constituição deve ser compreendida como uma, não só em relação aos princípios dispostos ali, mas também em relação ao momento que a sociedade vive, bem como a problemática que se busca solucionar.

Assim, é possível concluir que a concretização e a interpretação constitucional compreendem o mesmo ato, contudo, uma aduz a uma compreensão mais restritiva, fazendo uso apenas dos elementos textuais, enquanto a outra aponta para um entendimento mais complexo, tendo em consideração elementos extratextuais.

¹⁵⁵ Nesse sentido, “Mas, noutra acepção, a *construction* é diferenciada, pelos americanos, da interpretação. Ela seria a retirada de conclusões através de elementos já existentes, dados e indicados pela linguagem usada, ao passo que o ato interpretativo significaria a arte de descobrir o verdadeiro sentido da própria linguagem, ou, de alguma forma, das palavras ou símbolos. Assim, a interpretação relacionar-se-ia, propriamente, à linguagem ou aos símbolos, enquanto que a construção serviria para determinar não o sentido das palavras ou símbolos, mas o significado de todo o Texto Maior. Em resumo, asseveram que a interpretação consignaria a arte de encontrar o verdadeiro sentido das palavras ou símbolos. Tais palavras ou símbolos, não participam do construtivismo, porque este leva em conta o Documento inteiro, em conexão de sentido.” BULOS, Uadi Lamêgo. Construção constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, 1999, 36.36: 181-206. p.182.

¹⁵⁶ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p..271.

Os dois processos estão quase sempre interligados, uma vez que para que haja a construção de uma norma constitucional é necessário que haja uma interpretação do texto primeiro, para que se possa construir o sentido adequado.

Bulos¹⁵⁷ chama atenção para a diferença entre uma interpretação *stricto sensu* e interpretação *lato sensu*. Para ele “a interpretação *stricto sensu* é aquela em que o interprete não sai do texto para buscar outros elementos interpretativos, diversamente da interpretação *lato sensu* (é o mesmo que construção), pois nesta o interprete extrapola os limites prescritos pelo legislador constituinte, buscando recursos através de outras fontes, totalmente alheias ao articulado da Carta Maior”. Concluir-se-á então, que a interpretação *lato sensu* é equivalente a construção.

Cumprido retornar ao que foi dito no início do presente capítulo no que diz respeito à interpretação constitucional, uma vez que é inadmissível uma interpretação *stricto sensu* da lei maior, pois a mesma possui especificidades (sobretudo políticas e sociais) que carecem de uma interpretação mais ampla a fim de não cair em uma obsolescência. Portanto, há de se concluir que a construção constitucional equivale à interpretação da mesma.

2.3.2 Concretização

A Concretização de uma norma constitucional traduz-se na parte mais técnica das etapas de interpretação. Sobretudo porque ela importa no momento em que ocorre a analogia entre a construção de sentido obtida previamente e o problema que se busca solucionar¹⁵⁸.

Nesse sentido, admite-se afirmar que a concretização é o momento metodológico da interpretação, uma vez que é este o momento em que se busca a densificação da norma, isto

¹⁵⁷ BULOS. Uadi L. Construção constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, 1999, 36.36: 181-206, p.186

¹⁵⁸ “A concretização das normas constitucionais implica em um processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta – *norma jurídica* – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Op. Cit., p. 1201.

é, a complementação do espaço normativo de um dispositivo constitucional a fim de aproxima-lo do caso concreto que se busca resolver¹⁵⁹.

Como será verificado mais a frente neste capítulo, os métodos modernos de interpretação constitucional buscam uma delimitação do campo de interpretação, isto é, os métodos buscam determinar quais os artifícios a serem usados na busca do sentido normativo da norma. De forma que é possível admitir, então, o momento da concretização como o instante em que o interprete fará uso dos artifícios propostos pela hermenêutica constitucional, a fim de transforma o texto normativo em norma de decisão, aproximando, ao máximo, o texto da lei à questão jurídica¹⁶⁰.

Cumpre, ainda, mencionar que, enquanto a concretização é apenas um dos estágios da interpretação, ela não deve ser confundida com esta última, pois a interpretação busca o sentido normativo dentro do texto normativo, enquanto que a concretização visa o preenchimento do texto normativo ou de um princípio a fim de estabelecer o sentido deles para a resolução de um problema jurídico-constitucional¹⁶¹.

Deste modo, cumpre ressaltar que é no momento da concretização que o dispositivo constitucional vira a norma jurídico-constitucional, para então virar norma de aplicação. Assim, do dispositivo que havia sido interpretado no momento anterior (o da construção),

¹⁵⁹ Nesse sentido: “Normas jurídicas não são dependentes do caso, mas referidas a ele, sendo que não constitui problema prioritário se se trata de um caso efetivamente pendente ou de um caso fictício. Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida que ela não é "unívoca", "evidente", porque e à medida que ela é "destituída de clareza" - mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício). Uma norma no sentido da metódica tradicional (i. é: o teor literal de uma norma) pode parecer "clara" ou mesmo "unívoca" no papel. Já o próximo caso prático ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigure extremamente "destituída de clareza". MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.52.

¹⁶⁰ Hesse afirma que “La dependencia en que se encuentra la interpretación de la norma cuya concretización se trata respecto de la precomprensión del intérprete y respecto del problema concreto que en cada caso se trata de resolver supone(...) que el proceso de concretización debe venir determinado por el objeto de la interpretación – la Constitución – y por el problema en cuestión.”. Hesse, Konrad. Escritos... Op. Cit. P.45

¹⁶¹ Böckenförde afirma que: “la interpretación es indagación del contenido y del sentido de algo precedente que de ese modo en la medida de lo posible se completa y se diferencia en tanto que ve enriquecido su contenido; la concretización es el llenado(creativo) de algo fijado unicamente en la dirección o el principio, que permanece abierto en lo demás y que necesita ante todo de la pre-determinación conformadora para ser una norma ejecutable”. HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1983, p.126 e 127.

será, então, extraída a norma jurídico-constitucional, isto é, o objeto que a Constituição visa regulamentar¹⁶².

Concerne destacar, no processo de concretização, a importância da relação entre a norma e a questão jurídico-constitucional¹⁶³. Afinal, uma é de fundamental importância para a compreensão da outra, ao ponto de que não se pode falar em norma constitucional sem que se pressuponha a existência de uma questão jurídico-constitucional a ela pertinente.

2.3.3 Aplicação

Aplicar uma norma consiste em trazer a norma constitucional do plano teórico para o plano real, ou seja, levar a norma positivada para o plano real, utilizando-a na solução de um caso concreto.

Como compreendido a partir do tópico anterior, a construção encarrega-se de interpretar a linguagem presente no texto da norma, a concretização então parte dessa pré-compreensão e extrai a norma, isto é, o que o texto busca normatizar, a fim de transformar a referida norma em norma de decisão para aplica-la a questão jurídico-constitucional, de forma a realizar a Constituição.

Cumprе esclarecer que atentar-se-á somente para aplicação enquanto estágio interpretativo, não cabendo, neste momento, adentrar os pormenores da aplicação das

¹⁶² “A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que se consubstancia o caso concreto . Por isso sustento que a interpretação e concretização se superpõe. Inexiste hoje, interpretação do direito sem concretização; esta é a derradeira etapa daquela.” GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. Op. Cit., P.29.

¹⁶³ “Não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentando nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica. (...) Toda e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (co)solucionado por ela. Esse dado fundamental [Grundtatbestand] da concretização jurídica circunscreve o interesse de conhecimento peculiar da ciência e da prática jurídicas, especificamente jurídico, como um interesse de decisão. A necessidade de uma decisão jurídica (também de um caso fictício) abrange a problemática da compreensão, os momentos e procedimentos cognitivos. No entanto, a decisão jurídica não se esgota nas suas partes cognitivas. Ela aponta para além das questões "hermenêuticas" da "compreensão", no sentido genericamente peculiar que "hermenêutica" e "compreensão" têm nas ciências humanas [Geisteswissenschaften]. É claro que a relação entre os elementos cognitivos e os elementos não-cognitivos no processo de concretização muda conforme a função jurídica exercida e que e.g. o interesse de "conhecimento" cognitivo passa, na concretização científica diante de um caso fictício, nitidamente para o primeiro plano.” MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.54.

normas jurídico-constitucionais. Assim, salientar-se-á o momento interpretativo da aplicação da norma de decisão à questão jurídico-constitucional atrelada.

Nesse sentido, a aplicação é o momento em que a norma de decisão é atrelada a questão jurídica, realizando, assim, a Constituição¹⁶⁴. É o momento final da interpretação, que busca a realização de todos os preceitos intrínsecos no texto constitucional.

Há de se compreender, então, os momentos interpretativos como o entrelaçamento do que está postulado no texto da Constituição com a realidade vivida pela sociedade regida pela referida lei-maior e os problemas inerentes à vida em sociedade¹⁶⁵.

Cumprir então elucidar acerca dos artifícios hermenêuticos-metodológicos que regem a interpretação constitucional, concebidos a fim de facilitar a tarefa do interprete, bem como delimitar as suas ações interpretativas.

2.4 Métodos de interpretação constitucional

Os métodos interpretativos tipicamente constitucionais foram desenvolvidos a partir dos métodos clássicos de interpretação, assim, foi a partir dos métodos gramatical, lógico, histórico, sistemático, teleológico, popular, doutrinário e evolutivo que a doutrina especializada formulou os também chamados de métodos modernos de interpretação constitucional.

Antes de adentrar as particularidades de cada um dos métodos hermenêutico-constitucionais, cumpre lembrar que as metodologias que irão ser expostas aqui não englobam um conjunto de escolhas, mas sim partes integrantes de um mesmo processo.

¹⁶⁴ “A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua incidência sobre os fatos relevantes. Na aplicação se dá a conversão da disposição abstrata em uma regra concreta, com a pretensão de conformar a realidade ao Direito, o ser ao dever ser. É nesse momento que a norma jurídica se transforma em norma de decisão.”. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p.269 e 270.

¹⁶⁵ “O interprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação. (...) Assim, sendo concomitantemente aplicação do direito, a interpretação deve ser entendida como prática do direito, precisamente como toma Friedrich Muller; não existe um terreno composto de elementos normativos (=direito), de um lado e de elementos reais ou empíricos (=realidade), do outro.” GRAU, Eros. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. Op. Cit., p. 35.

Destarte, é necessário fazer uso de todas as metodologias para que seja possível a formulação de uma resposta à questão jurídico-constitucional em tela.

Silva¹⁶⁶ faz uma crítica a estes métodos, ao afirmar que o *sincretismo metodológico* está atrasando o avanço dos estudos sobre a interpretação constitucional, sobretudo na doutrina brasileira e portuguesa, reiterando a ideia de que tais métodos existiram apenas na doutrina, uma vez que não se encontram exemplos jurisprudenciais da aplicação de tais métodos.

A referida crítica possui fundamentos e é merecedora de uma reflexão, sobretudo acerca da relação entre métodos e princípios de interpretação constitucional. Acima de tudo pela constatação que estes aspectos só existem teoricamente, não possuindo uma aplicabilidade constatada em relação à resolução de questões jurídico-constitucionais.

Contudo, faz-se necessário uma breve explicação sobre os referidos métodos, pois, ainda que não possuam uma aplicabilidade, eles representam formas de auxiliar na concretização das normas constitucionais.

2.4.1 Hermenêutico-clássico

Também chamado de método jurídico, pressupõe que a Constituição é uma lei, e que, portanto, deve ser interpretada como tal. Nesse sentido, para se buscar o sentido da norma constitucional deve-se empregar os métodos propostos pela hermenêutica clássica.

Assim, deve-se aplicar os métodos propostos por Savigny a fim de interpretar a Constituição. Desta forma “o sentido das normas constitucionais desvenda-se através da *utilização como elementos interpretativos*: (i) do elemento filológico(=literal, gramatical, textual); (ii) do elemento lógico (= elemento sistemático); (iii) do elemento histórico; (iiii) do elemento teleológico (= elemento racional); (iiii) do elemento genético”¹⁶⁷.

Cumprido acrescentar que tal método é constantemente criticado, não só por desconsiderar quase que completamente a supremacia constitucional, mas também por

¹⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Interpretação constitucional 1ª ed.–São Paulo: Malheiros, 2005, p.133 e ss.

¹⁶⁷ CANOTILHO. Direito Constitucional e teoria da Constituição. Op. Cit., p.1210-1211.

rejeitar o fato da Constituição possuir um conteúdo diferente das demais leis¹⁶⁸. Como bem coloca Coelho, “trata-se de uma concepção hermenêutica baseada na ideia de *verdade como conformidade* ou, se quisermos, na crença, metafísico-jurídica de que toda norma possui um sentido em *si*, seja aquele que o legislador pretender atribuir-lhe (*mens legislatoris*), seja o que, afinal e à sua revelia, acabou emergindo do texto(*mens legis*)”¹⁶⁹.

2.4.2 Tópico-problemático

Surgido na década de 50, a partir dos estudos de Viehweg¹⁷⁰, o presente método toma em consideração o problema que se busca solucionar. Assim, ele toma em consideração três aspectos importantes da Constituição a fim de buscar uma argumentação entre os dispositivos normativos e a situação-problema. Desta forma, o interprete deve considerar que: a constituição é um sistema aberto de regras e princípios; a questão jurídico-constitucional que pede solução; e o entendimento de que a interpretação constitucional não deve ser compreendida como um mero silogismo em virtude da textura aberta do texto constitucional.

Deste modo, o método propõe que o interprete tenha em mente que, em razão da formulação linguística da Constituição, isto é, em razão dela ser composta por enunciados abertos, é possível compreender tais enunciados de maneiras distintas, assim, o interprete deve argumentar, dentre essas compreensões obtidas acerca de um dispositivo constitucional, qual a mais adequada, visando o problema jurídico-constitucional a ser solucionado¹⁷¹.

¹⁶⁸ Nesse sentido, Mendes afirma que “a Constituição, além de abrigar normas de índole análoga á dos ramos infraconstitucionais do Direito, marca-se pela presença de preceitos que apenas iniciam e orientam a regulação de certos institutos, deixando em aberto, tantas vezes, o modo e a intensidade de como se dará a sua concretização por parte dos órgãos políticos. Não há coincidência, nesse aspecto, com a estrutura normativa típica das leis. A constituição, em tantos dos seus dispositivos, assume o feição de um ordenamento-macro, estipulando parâmetros e procedimentos para a ação política.” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014, p.103.

¹⁶⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. 4º edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.141

¹⁷⁰ VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Editora Universidade de Brasília e Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

¹⁷¹ “Em suma, graças à abertura textual e material dos seus enunciados e ao pluralismo axiológico, que lhe são congêntos, a Constituição – enquanto objeto hermenêutico – mostra-se muito mais *problemática* do que *sistemática*, o que aponta para a necessidade de interpreta-la *dialogicamente* e aceitar, como igualmente válidos e até serem vencidos pelo melhor argumento, todos os *topoi* ou *formulas de busca* que, racionalmente forem

2.4.3 Hermenêutico-concretizador

O método hermenêutico-concretizador busca, primeiramente, a *concretização* da norma, isto é, a *compreensão* do texto normativo, antes de buscar uma solução para a questão jurídico-constitucional. Assim, cabe ao interprete compreender a norma, seja através da interpretação ou do preenchimento de lacunas a partir de uma situação histórica, para que ele possa encontrar a solução constitucionalmente adequada ao problema e não a solução que o próprio interprete julga ser mais adequada¹⁷².

Enquanto que o método tópico-problemático parte do caso concreto, o método hermenêutico-concretizador toma como ponto de partida a constituição, isto é, o interprete leva em consideração seu entendimento do que está escrito na Constituição para depois fazer ligação com o problema que ele busca solucionar.

Böckenförde¹⁷³ descreve o principal problema pertinente ao método hermenêutico-concretizador, ele visa texto como limite da interpretação da Constituição, mas não define um critério para tal interpretação. Assim, o autor questiona de que modo a norma indeterminada, uma vez que só se extrai seu sentido após sua interpretação, pode ser um elemento vinculativo da própria interpretação.

2.4.4 Científico-espiritual

O método idealizado por Rudolf Smend¹⁷⁴ tem a *integração* como palavra-chave para o Estado. Desta forma, ele prevê que o texto da Constituição deve integrar-se ao Estado, isto é, aos costumes, culturas, em suma, aquilo que se está vivendo no momento presente. Assim,

trazidos a confronto pela comunidade hermenêutica.”. COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. Op. Cit., p. 143.

¹⁷² Ibidem, p.198.

¹⁷³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales. Nomos, 1993.p.32 e ss.

¹⁷⁴ SMEND, Rudolf. Constitución y derecho constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

o autor apresenta-nos a ideia de uma Constituição *viva*, isto é, uma constituição que adequa-se ao que a sociedade por ela representada está vivendo.

Smend pressupõe, então, o texto constitucional como versátil, a fim de moldar-se as constantes transformações do Estado¹⁷⁵. Tal método possui uma visão mais elástica da Constituição, permitindo que o texto seja interpretado conforme o momento atual. Isso permitiria que a norma mudasse de sentido conforme o contexto do Estado. Esta é, aliás, a maior crítica feita a este método, pois essa flexibilização do texto constitucional acabaria por acarretar a perda da segurança jurídica do mesmo.

2.4.5 Normativo-estruturante

O método interpretativo idealizado por Frederich Müller¹⁷⁶ concebe o texto da norma (ou *programa normativo*) como diferente do *âmbito normativo*¹⁷⁷. Assim, a normatividade¹⁷⁸, que corresponde ao resultado da junção entre o programa e o âmbito normativo, implicaria não só na compreensão do que está determinado no texto escrito, mas sim, na compreensão do que está escrito a partir dos fatos sociais que a norma constitucional visa regulamentar.

Müller afirma que “não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática - sempre conforme o fio condutor da formulação lingüística dessa norma

¹⁷⁵ Nesse sentido, Coelho: “(...) sendo o direito constitucional uma posituação das possibilidades e funções próprias do mundo do espírito — um conjunto de normas que só se compreendem com referência a essas mesmas realidades espirituais, as quais, por seu turno, só se realizam, de forma plena e continuada, por força dessa posituação, que lhes confere normatividade —, por tudo isso, não deve o intérprete encarar a Constituição como um momento estático e permanente da vida do Estado, e sim como algo dinâmico, que se renova continuamente, a compasso das transformações, igualmente constantes, da própria realidade que as suas normas intentam regular.”. Coelho, Inocência. *Interpretação Constitucional*. Op. Cit., p.104.

¹⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

¹⁷⁷ O âmbito da norma corresponde aos elementos extra-linguísticos a serem considerados no momento da concretização de uma norma. Assim, há de se compreender o âmbito normativo como o aspecto social que o programa da norma visa regulamentar.

¹⁷⁸ Canotilho define a normatividade como o efeito global da norma num determinado processo de concretização. Não é qualidade da norma, mas sim efeito da metodologia da concretização. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional(...)*. Op. Cit., p.1203.

(constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização”¹⁷⁹. O método jurídico normativo-estruturante prevê então a interpretação como o entendimento do texto da norma, ou de seu *programa normativo*, a partir dos fatos que a norma busca regulamentar, assim, é necessário que o interprete compreenda todos os fatos exteriores ao programa normativo, para então compreendê-lo.

2.4.6 Comparativo

Proposto por Peter Häberle¹⁸⁰, que, a partir dos métodos clássicos desenvolvidos por Savigny, requereu a incorporação do método comparativo aos cânones, ao menos para a melhor compreensão do Estado constitucional. Assim, o interprete deve comparar a norma a ser interpretada com o mesmo preceito em outro Estado, comparando assim as normas constitucionais a fim de fazer um juízo de valor.

O que Häberle sugere é que haja um *diálogo constitucional*, sobretudo entre as *famílias constitucionais*, no que compete aos direitos humanos e fundamentais¹⁸¹. O referido método ganhou forças sobretudo no Tribunal de Justiça da União Europeia, que tem feito uso da valoração comparativa quando se trata de questões que envolvem os direitos fundamentais. Ainda, cumpre mencionar que o art.16, 2 da CRP prevê que os preceitos relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Nota-se então, a partir da análise dos métodos de interpretação, que todos eles tomam o texto constitucional como elástico, permitindo uma análise extensiva da norma constitucional em razão do contexto fornecido pela questão juridico-constitucional, muitas vezes considerando também fatores externos ao texto normativo.

¹⁷⁹ MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho(...). Op. Cit. P.45 e 46.

¹⁸⁰ HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Fondo Editorial PUCP, 2003. P.162 e ss.

¹⁸¹ “En la “Internacional del Estado constitucional”, en la “familia” de los Estados constitucionales, el intérprete de los derechos fundamentales tiene que tomar en consideración siempre los textos universales y regionales sobre los derechos humanos. La apertura de los contenidos y las dimensiones de los derechos fundamentales “hacia fuera” es consecuencia de la evolución hacia el “Estado constitucional cooperativo” . De este modo surge una “comunidad de interpretación de los derechos fundamentales”.” HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Op. Cit. P.163.

Bockenforde¹⁸² tece uma crítica a tais métodos, uma vez que o jurista acredita que todos os métodos (com exceção, talvez, ao desenvolvido por Müller) acabam por degradar a normatividade da Constituição, pois tais métodos não limitam a indeterminação material das normas e princípios constitucionais, ao contrário, o autor crê que eles ampliam e intensificam a referida indeterminação. O autor ainda critica o fato dos métodos buscarem uma solução para o problema somente a partir do texto constitucional, quando este é claramente insuficiente para tal, de forma que o interprete então tem que buscar novos meios para solucionar o caso, preenchendo as normas, ou *concretizando-as* como a doutrina moderna coloca.

Assim, percebe-se que os métodos de interpretação constitucional modernos visam a solução do problema jurídico-constitucional, sem se ater aos limites interpretativos que o próprio texto impõe, caindo muitas vezes em interpretações extensivas da Constituição, sob o argumento de estar em busca de uma solução para a questão jurídico-constitucional em tela.

2.5 Princípios de interpretação constitucional

Após o breve estudo acerca dos métodos de interpretação constitucional, deve-se, então, buscar um aprofundamento do conhecimento acerca dos princípios próprios de interpretação Constitucional. Formulados por Konrad Hesse¹⁸³, tais princípios instrumentais¹⁸⁴ próprios da interpretação constitucional devem ser utilizados juntamente com os métodos, não podendo ser usados separadamente. Deve-se recordar também, que não há uma hierarquia entre eles.

Antes de iniciar a discussão em torno dos princípios de interpretação constitucional, faz-se necessário esclarecer que, em razão de uma heterogeneidade doutrinária em torno de

¹⁸² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales. Nomos, 1993.p.35 e ss.

¹⁸³ HESSE, Konrad; HECK, Luís Afonso. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. SA Fabris Editor, 1998. P. 65 e ss.

¹⁸⁴ Barroso denomina-os de *princípios instrumentais de interpretação constitucional* em razão da particularidade característica das normas constitucionais. Assim, eles “constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do interprete, a solução concreta da questão posta”. Cf. Barroso, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação... Op. Cit. P.371. Nesse sentido, é possível concluir que os princípios]fazem parte do momento de *concretização* da norma constitucional.

tais princípios, forçar-se-á nos que aparecem de forma mais recorrentes na doutrina luso-brasileira de interpretação constitucional¹⁸⁵.

Assim, serão abordados os princípios: da unidade da Constituição, da concordância prática, da correção funcional, da eficácia, da força normativa, da máxima efetividade¹⁸⁶, e ainda, princípios que não são propriamente relativos à interpretação, mas que também devem ser considerados pelo interprete constitucional, sendo eles os princípios: da proporcionalidade, da interpretação conforme a constituição e da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público¹⁸⁷.

Isto posto, seguir-se-á para a análise das particularidades de cada um dos princípios próprios de interpretação constitucional.

O primeiro princípio refere-se à *unidade da constituição*, isto significa que os dispositivos constitucionais possuem uma relação de interdependência, de forma que, ao interpretar um elemento da Constituição, o interprete deve lembrar que a norma é una e, como tal, deve ser interpretada em sua totalidade. Não se pode interpretar o direto em tiras¹⁸⁸ e, portanto, a Constituição deve ser interpretada em sua totalidade, especialmente sob a perspectiva de não colocar uma norma constitucional em face a outra.

Hesse acrescenta que este princípio deve ser tido em consideração também em âmbito internacional, sobretudo quando relacionado aos direitos fundamentais, estejam eles previstos na lei fundamental, na Convenção Europeia de Direitos do Homem e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁸⁹. Percebe-se, assim, que o princípio unitário relaciona-se também as questões pertinentes ao Direito Constitucional Internacional, isto é,

¹⁸⁵ Reconhece-se a crítica feita por Silva, onde o autor fala que, apesar de largamente difundidos tanto pela doutrina portuguesa, quanto pela brasileira, os princípios criados por Konrad Hesse não são tão conhecidos em seu país de origem, em razão de sua pouca importância prática. Nesse sentido, Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. IN: Virgílio Afonso da Silva, Interpretação Constitucional, 2005. P.115 e ss.

¹⁸⁶ Estes princípios foram os escolhidos por Canotilho para compor um catálogo-tópico, desenvolvido pelo autor a partir de uma postura metódica hermenêutico-concretizante, mas que os autores utilizam diferentes recortes. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional (...) Op. Cit. P.1223.

¹⁸⁷ Os três últimos princípios citados não são propriamente sobre a exegese constitucional, o primeiro é, na verdade, um princípio aplicável a toda interpretação jurídica e os dois últimos são usados, especialmente no controle de constitucionalidade das leis. Cf. COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. 2011. P. 155.

¹⁸⁸ Cf. Grau, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. Op. Cit. p.44.

¹⁸⁹ HESSE, Konrad; HECK, Luís Afonso. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. SA Fabris Editor, 1998. P.66.

a Constituição precisa ser interpretada em sua totalidade, o que inclui os documentos internacionais que se relacionam com o texto constitucional.

O segundo princípio corresponde a *concordância prática* ou a *harmonização*, determinando que os bens jurídicos em questão devem ser ordenados de modo que todos possam manter sua identidade na solução do problema¹⁹⁰. Em sentido estreito ao princípio anterior, o presente cânone determina que todos os princípios devem ser respeitados da mesma forma e na mesma medida, assim, em caso de colisões, o interprete deve buscar a solução que respeite todos os postulados normativos e que não prejudique nenhum.

Também conhecido como *princípio da justeza*, o *princípio da conformidade funcional* busca corrigir possíveis interpretações que deturpem a distribuição de competência definida na Constituição¹⁹¹. Cumpre destacar que este princípio visa uma restrição ao ativismo judicial, evitando, assim, que o tribunal constitucional opine em questões políticas, uma vez que tal atribuição compete ao legislativo.

Quanto ao princípio da *eficácia integradora*, também relacionado ao princípio da unidade da Constituição, ele versa sobre a manutenção da unidade política e social que a Constituição visa proteger. Nesse sentido, o interprete/aplicador deve buscar a solução para o problema jurídico-constitucional mais favorável para a promoção e manutenção da referida unidade.

O cânone da *força normativa* visa regulamentar as situações que requerem uma atualização do que está postulado no texto constitucional, isto é, os fatos sociais mudaram e o texto precisa ser atualizado. Dessa forma, o exegeta deve procurar a interpretação que, ao mesmo tempo, proporcione a referida atualização e atenha-se aos pressupostos previstos no texto constitucional, garantindo assim a sua máxima eficácia.

Há também o princípio da *eficiência*, ou *da máxima efetividade*, que busca a aproximação entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social¹⁹², em outras palavras, é necessário que se direcione a interpretação da norma para o sentido que mais aproxime o objeto a ser regularizado pela Constituição e o problema jurídico-constitucional a ser

¹⁹⁰ HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Op. Cit. P.48.

¹⁹¹ Mendes conceitua-o como “um critério orientador da atividade interpretativa, conduz a que não se deturpe, por meio da interpretação de algum preceito, o sistema de repartição de funções entre os órgãos e pessoas designados pela Constituição”. Cf. MENDES, Gilmar. Curso de Direito... Op. Cit. p.106.

¹⁹² Como bem coloca BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. Op. Cit., p.375.

resolvido. O interprete deve, desta forma, dar preferência a resposta ao problema jurídico-constitucional que mais se adegue a vontade constitucional, evitado ao máximo as soluções que impliquem no argumento de omissão legislativa ou da não-aplicação da norma.

Compreender-se-á mais, agora, sobre os princípios que não são próprios a interpretação constitucional, mas exercem influência sobre a exegese da Constituição, sobretudo no momento de concretização e aplicação da norma constitucional.

O princípio da *razoabilidade* ou da *proporcionalidade*¹⁹³ busca a proteção contra o abuso de poder por parte do Poder Público, isto é, o cânone da razoabilidade tem como pressuposto a prevenção de que os atos públicos acabem por acarretar mais danos do que sanar os já existentes. Assim, ele confere, ao judiciário, a capacidade de invalidar atos quando estes ultrapassarem os limites razoáveis¹⁹⁴.

Compreendeu-se anteriormente¹⁹⁵, que o juiz deve sempre procurar, na norma infraconstitucional, o sentido mais compatível com as diretrizes constitucionais, é disto que se trata o princípio da *interpretação conforme a Constituição*. Muito utilizado nos casos de controle de constitucionalidade, é adequado também à interpretação constitucional, pois está conectado aos princípios da presunção de constitucionalidade e com o da supremacia constitucional.

Também relacionado ao controle de constitucionalidade, está o princípio da *presunção de constitucionalidade das leis e atos públicos*, que defende que todo ato público é constitucional até que o órgão competente estabeleça sua inconstitucionalidade. Está

¹⁹³ Há autores que creem se tratar de princípios distintos, pois consideram que o princípio da razoabilidade é distinto do princípio da proporcionalidade. Nessa esteira, cf. SILVA, Suzana Tavares da. O tetralema do controle judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade. IN: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013; DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. Direito UNIFACS–Debate Virtual, 2011, 132; e STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Livraria do Advogado, 2001. Contudo, ambos os princípios versam sobre a proteção dos mesmos valores (senso comum, justiça, medida adequada, rejeição aos atos arbitrários e racionalidade) e, apesar de suas origens e desenvolvimentos distintos, é possível concluir que ambos tratam do mesmo assunto, e, portanto, podem ser utilizados como sinônimos.

¹⁹⁴ Barroso considera que este princípio “trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. (...)O principio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em uma determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, assim fazendo a justiça do caso concreto”. BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação... Op. Cit. P. 375.

¹⁹⁵ Ver 1.3 sobre o controle de constitucionalidade

relacionado ao controle de constitucionalidade sendo usado sobretudo nos países adeptos do modelo concentrado de controle, uma vez que a referida inconstitucionalidade só poderá ser decretada pelo Tribunal Constitucional, de modo que todo ato ou lei é considerado constitucionalmente válido até que o órgão competente decrete sua invalidez.

A partir da explanação dos princípios que regem a interpretação constitucional compreende-se as razões pelas quais a exegese constitucional é diferenciada das demais interpretações de textos jurídicos. Contudo, cumpre lembrar que tais cânones não são absolutos, nem representam respostas prontas para uma argumentação constitucional, são apenas premissas a serem respeitadas para que se possa realizar a constituição¹⁹⁶.

É imperioso que o interprete, então, realize uma ponderação entre os métodos e princípios de interpretação constitucional a fim de não ultrapassar os limites interpretativos, ultrapassando assim os limites de sua função jurisdicional. Nessa esteira, cumpre então elucidar mais acerca da ponderação a ser realizada pelo juiz para a resolução dos problemas jurídico-constitucionais, bem como expor as teorias que dão suporte a ideia da influência dos aspectos políticos inerentes a Constituição nas decisões jurídico-constitucionais.

2.6 O político e o jurídico nas decisões jurídico-constitucionais

Com a ascensão de novas teorias e o giro paradigmático na ciência do Direito, sobretudo no âmbito do Direito Constitucional, é possível afirmar que a partir da queda das teorias positivistas e jusnaturalistas e com o advento de teorias como a do pós-positivismo, bem como do neoconstitucionalismo, mudou-se o modo como os juristas compreendem, interpretam e realizam a Constituição¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Nesse sentido: “Esses princípios não devem ser vistos como elementos de uma fórmula capaz de produzir soluções necessárias e absolutamente persuasivas. Tampouco se há de falar em hierarquia entre eles. Esses princípios da interpretação constitucional apenas auxiliam a que argumentos jurídicos se desenvolvam em um contexto de maior racionalidade, favorecendo algum controle sobre o processo de concretização das normas constitucionais, com proveito, igualmente, para o valor da segurança jurídica.” MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit. p.106.

¹⁹⁷ “A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo pré-existente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. (...) O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades

De modo que, torna-se possível então, traçar um paralelo com os ensinamentos de Linares Quintana¹⁹⁸, segundo o qual deve-se compreender que a ciência do Direito Constitucional vai muito além do postulado no texto da carta magna, sendo fundamental levar em consideração os aspectos políticos presentes, isto é, os aspectos sociais inerentes a um Estado. Nesse contexto, ocorre também a reaproximação de temas, tais como a relação entre direito e moral, bem como o reconhecimento dos princípios enquanto normas jurídicas¹⁹⁹.

Conforme exposto previamente, o aspecto político presente no texto constitucional²⁰⁰ influencia todos os atos pertinentes a jurisdição constitucional, isto é, todos os atos jurídico-constitucionais serão dotados de uma vertente política. Cumpre questionar então, qual a intensidade desta vertente, bem como até onde sua influência pode ir, especificamente nas decisões jurídico-constitucionais, sobretudo no momento da concretização, onde o juiz deve estabelecer a relação entre o texto da norma e o problema jurídico-constitucional que busca solução.

Nessa esteira, buscar-se-á as teorias que justificariam a interferência dos aspectos político-sociais na elaboração da decisão jurídico-constitucional. Contudo, antes de adentrar esta seara, faz-se necessário realizar a diferenciação entre regras e princípios.

interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.”. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 2003, 2. P.5.

¹⁹⁸ “Para alcanzar resultados valederos, la Ciencia del Derecho Constitucional debe estudiar al Estado en su compleja estructura, en su efectivo funcionamiento, en su actividade práctica y en los comportamientos de gobernantes y gobernados, y no limitarse a la exégesis de los textos, sin preocuparse de la vida que hierve activa y palpitante todos los días en torno al jurista y al politólogo”. QUINTANA, Segundo Linares. Tratado de interpretación constitucional. Buenos Aires: Abelado-Perrot, 1998, p.36

¹⁹⁹ “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.” BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 2003, 2. P.9

²⁰⁰ Segundo Linares Quintana denomina-o como o *principio político fundamental* e determina-o como sendo “el principio jurídico primário y más general, que posee naturaleza y eficacia constitucional, y debe ser tenido en cuenta en la interpretación de la Constitución y las leyes.”. QUINTANA, Segundo V. Linares. Tratado de Interpretación Constitucional. Op. Cit., p.279.

Para tal, utilizar-se-á o aporte fornecido por Alexy²⁰¹, onde o autor considera ambos como norma, uma vez que ambos determinam um fim a ser alcançado, e, dentro os vários critérios apontados, destaca-se o critério da abstração como principal, a fim de realizar a diferença.

Nesse sentido, as regras possuem um grau de abstração menor que os princípios. Isto é, as regras, na maioria das vezes, são formuladas de uma maneira direcionada a uma situação, enquanto os princípios tendem a ser mais abstratos e, por sua vez, ter um grau de abstração maior. O que permite que os princípios sejam aplicados em determinados graus – o que o autor chama de mandatos de otimização²⁰² – enquanto que as regras só podem ser aplicadas num esquema de *tudo ou nada*²⁰³.

Assim, as regras apontariam a conduta a ser aplicada no caso de uma determinada situação, o que permite que sua aplicação seja realizada mediante uma subsunção. Já os princípios possuem graus diferentes de aplicação, a serem encontrados a partir de uma *ponderação*²⁰⁴ a ser realizada entre todos os princípios que incidem no caso concreto.

É em razão desse referido grau de abstração dos princípios – ou da textura aberta dos mesmos – que discorrem inúmeras teorias a respeito de como os juízes deveriam atuar diante de situações onde incidam princípios. Dentre elas, destaca-se a teoria proposta por Ronald Dworkin²⁰⁵ acerca de uma *leitura moral* da Constituição, a ser realizada quando depararem com um princípio abstrato, isto é, quando uma disposição constitucional retrata um princípio moral.

O autor utiliza, então, o exemplo da primeira emenda constitucional estadunidense, que fala acerca da liberdade de expressão e questiona se a criação de uma lei contra

²⁰¹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, 1997.

²⁰² Alexy determina que “principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimizacion*, que estan caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino tambien de las jurídicas”. ALEXY, Robert. Ibidem. p.86.

²⁰³ Barroso acrescenta que “a aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida”. BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. Op. Cit., p.353.

²⁰⁴ Acerca da Ponderação cf. DWORKIN, Ronald. taking rights seriously, 1997; SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal, 2000; LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito, 1997.; e AVILA, Humberto. Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos), 2003.

²⁰⁵ Cf. DWORKIN, Ronald. Freedom's law: the moral reading of the American Constitution. OUP Oxford, 1999.

pornografia estaria censurando ou não o princípio da liberdade de expressão dos cidadãos²⁰⁶, uma vez que, em razão da indeterminação textual do princípio, não há limites fixados que determinem até onde poderia se considerar a incidência do mesmo.

Dworkin destaca que “the moral Reading proposes that we all – judges, lawyers, citizens – interpret and apply these abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice”²⁰⁷. Assim, ele determina que, ao se realizar o controle de constitucionalidade, os juízes devem ter em mente que estariam fazendo uma leitura *moral* da Constituição, sob a premissa de que o grau de abstração presente nos princípios constitucionais necessita que os referidos sejam interpretados a luz da moralidade.

Ocorre que a *leitura moral* deve ser realizada com algumas limitações a serem respeitadas pelo interprete no momento de realizar uma leitura moral. Primeiramente, é necessário que se tenha em mente o contexto histórico no momento da elaboração do texto da norma, para tal, deve-se questionar a intenção do legislador no momento em que ele elaborou a norma²⁰⁸. Nesse sentido, há de considerar o que o constituinte quis dizer com a disposição, e não os efeitos que ele esperava que a disposição tivesse.

Em segundo lugar, e de igual importância, o juiz deve ao máximo tentar não aplicar suas próprias convicções morais ao realizar a leitura moral da Constituição. Isto é, não devem aplicar seus próprios julgamentos morais ao texto constitucional²⁰⁹. De modo que “The moral reading asks them to find the best conception of constitutional moral principles – the

²⁰⁶ “the moral Reading therefore brings political morality into the heart of constitutiona law. But political morality is inherently uncertain and controversial, so any system of government that makes such principles part of its law must decide whose interpretation and understanding will be authoritative.”. DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, p.2.

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, p.2.

²⁰⁸ “History is therefore plainly relevant. But only in a particular way. We turn to history to answer the question of what they intended to say, not the different question of what other intentions they had. We have no need to decide what they expected to happen, or hoped would happen, in consequence of their having said what they did, for example; their purpose, in that sense, is not part of our study. (...) We are governed by what our lawmakers said – by the principles they laid down – not by any information we might have about how they themselves would have interpreted those principles or applied them in concrete cases.”. DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, p.10.

²⁰⁹ They may not read the abstract moral clauses as expressing any particular moral judgment, no matter how much that judgment appeals to them, unless they find it consistent in principle with the structural design of the Constitution as a whole, and also with the dominant lines of past constitutional interpretation by other judges. They must regard themselves as partners with other officials, past and future, who together elaborate a coherent constitutional morality, and they must take into care to see that what they contribute fits with the rest. (I have elsewhere said that judges are like authors jointly creating a chain novel in which each writes a chapter that makes sense as part of the story as a whole)” DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, p.10.

best understanding of what equal moral status for men and woman really requires, for example – that fits the broad story of America’s historical record. It does not ask them to follow the whisperings of their own consciences or the traditions of their own class or sect if these cannot be seen as embedded in that record.”²¹⁰.

Essa segunda limitação à leitura moral da constituição corresponde também a uma das razões pelas quais Dworkin defende a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade. Para ele, os magistrados seriam os mais indicados a realizar tarefa em razão da imparcialidade requerida.

A maior crítica à leitura moral da Constituição é o argumento de que ela dá muito poder aos juízes, uma vez que estes seriam os responsáveis por dar a “última palavra”, o que acarretaria por ferir a premissa democrática, uma vez que tal atribuição deveria ser dos representantes eleitos democraticamente (o que não é o caso dos magistrados constitucionais). Contudo, Dworkin rebate tal crítica ao afirmar que a democracia estaria sujeita a condições democráticas de equidade para todos os cidadãos²¹¹. Nesse sentido, é possível compreender que os juízes atuariam como guardiões de tal equidade, isto é, como uma forma de proteger os grupos minoritários da vontade da maioria.

Para o autor, pensar em democracia a partir da premissa majoritária não condiz com o que a democracia realmente representa²¹². Assim, ele elabora uma concepção própria de democracia – a qual ele chama de democracia constitucional, na qual ele rejeita o princípio majoritário, sobretudo sob o argumento de que o mesmo seria prejudicial e opressor às minorias. O objetivo principal da democracia seria, então, “that collective decisions be made by political institutions whose structure, composition, and practices treat all members of the community, as individuals, with equal concern and respect”²¹³.

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, p.11.

²¹¹ “When we understand democracy better, we see that the moral reading of a political constitution is not antidemocratic but, on the contrary, is practically indispensable to democracy. I do not mean that there is no democracy unless judges have the power to set aside what majority thinks is right and just. (...) Democracy does not insist on judges having the last word, but it does insist that they must not have it.” DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, p.7.

²¹² “The majoritarian premise does not rule out exceptions of that kind, but it does insist that in such cases, even if some derogation from majoritarian government is overall justified, something morally regrettable has happened, a moral cost has been paid. The premise supposes, in other words, that it is always when a political majority is not allowed to have its way, so that even when there are strong enough countervailing reasons to justify this, the unfairness remains.” DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, p.16-17.

²¹³ DWORKIN, Ronald. *Ibidem*, p.17.

Cabe ressaltar também que Dworkin reforça seu pensamento acerca da democraticidade do controle de constitucionalidade, ao traçar uma diferença entre argumentos de política e argumentos de princípio. Para o autor, argumentos de política justificam decisões que favoreçam ou assegurem um fim coletivo²¹⁴, enquanto que os argumentos de princípio justificam as decisões que assegurem ou favoreçam um direito de um indivíduo ou grupo²¹⁵.

Assim, “a prática judicial é informada por argumentos de princípio, enquanto que a prática legislativa é informada por argumentos políticos”²¹⁶. De modo que cumpriria ao judiciário a tarefa da defesa dos princípios – ou seja, a proteção aos direitos individuais ou de grupos minoritários - enquanto que, ao legislativo, incumbiria a tarefa de elaborar políticas que visassem o bem-estar da sociedade²¹⁷.

Cabe destacar que não deve se confundir a divisão entre *regras e princípios* e a distinção entre *argumentos de princípio e de política*. Sendo a segunda uma subdivisão dos princípios referenciados na primeira²¹⁸, de modo que, os princípios, em sentido amplo, poderiam ser categorizados em princípios (quando tratassem de uma premissa individual) ou políticas (quando se tratassem de uma diretriz coletiva). Em síntese, a diferença entre princípios e políticas baseia-se na diferença entre uma dimensão individual (dos princípios) e uma dimensão coletiva (das políticas).

A partir de tal compreensão, é possível reafirmar a crença acerca da realização do controle de constitucionalidade por órgãos jurisdicionais. Uma vez que as leis, por serem pautadas em argumentos de política, podem acabar por desrespeitar uma minoria, caberia

²¹⁴ “Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community at a whole.” DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p.82.

²¹⁵ “Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right.”. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p.82.

²¹⁶ RODRIGUES, Sandra Martinho. *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 17.

²¹⁷ Para mais acerca dos argumentos de política e argumentos de princípio cf. LINHARES, José Manuel Aroso. *A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 2002, 65-178.

²¹⁸ “I shall use the term “principle” to refer to the whole set of these standards other than rules. Occasionally, however, I shall be more precise, and distinguish between principles and policies”. DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p.22.

então ao judiciário, com base em argumentos de princípio, defender os direitos do grupo ofendido, reestabelecendo assim a condição de igualdade proposta pela democracia.

Nessa esteira, cumpre ressaltar o posicionamento de Aharon Barak, quando ele determina que o papel de uma Suprema Corte é a proteção a democracia e a construção de uma ponte entre a lei (ou o direito) e a sociedade²¹⁹. Há de se considerar que o mesmo se aplica aos tribunais constitucionais, sobretudo em razão de ambos terem funções análogas na maioria das vezes.

Assim sendo, percebe-se que ambas as funções, apesar de complementares, tendem a sobressair-se uma sobre a outra, e cabe ao juiz constitucional realizar o equilíbrio entre elas, a fim de estabelecer as condições de igualdade demandada pelo Estado Democrático.

Tais argumentos justificariam, então, que os juízes constitucionais ponderassem não só os aspectos prescritos no texto constitucional, mas também os fatores políticos (ou externos) em suas decisões. O aspecto político do texto é uma constatação, e, como tal, deve-se toma-lo em consideração todas as vezes em que se almeje a exegese constitucional²²⁰.

Contudo, a consideração de tais fatores não poderá ser realizada livremente, é necessário a observação aos limites interpretativos a serem expostos a seguir, sobretudo em virtude da manutenção da segurança jurídica²²¹.

²¹⁹ BARAK, Aharon. The Supreme Court 2001 term: Foreword: A judge on judging: The role of a supreme court in a democracy. *Harvard Law Review*, 2002, p.28.

²²⁰ “el cabal conocimiento de la formula politica de la constitucion es antecedente inexcusable del interprete. Toda constitucion tiene lo que Herrfahrtdt llama minimum constitucional inviolable, que vincula tanto la reforma como la exegesis de lá misma. Y esse limite inviolable lo constituye su formula politica. (...) em tanto que la formula politica o la ideologia politica significam el minimum constitucional inviolable en la interpretaci3n, el cambio de la estructura social exige una acomodaci3n de los perceptos constitucionales mediante una interpretaci3n extensiva para que puedan aplicarse.” ROMERO, César. *La corte suprema y la interpretaci3n constitucional, temas constitucionales y políticos*, Córdoba 1971, p.70/71 APUD Quintana, Segundo Linares. *Tratado de interpretacion constitucional*. Op. Cit., p. 284-285.

²²¹ “Values like legal certainty and legal security can be realized only to the extent that a state is governed according to pre-announced rules that are clear and intelligible in themselves. They must also form part of a legal system characterized by consistency among many rules, and by a certain overall coherence of principle in the system as a whole. So rules alone are not enough in themselves. From a moral point of view, legal certainty and legal security are of considerable value because of the quality of life they facilitate for citizens, in the way mentioned a moment ago. By contrast with morality, or moral order, legal systems do comprise, among other things, a large body of authoritatively enunciated rules.”. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. OUP Oxford, 2005, p.12.

2.7 Limites interpretativos e mutação constitucional

Até o momento, explicou-se sobre os elementos e o desenvolvimento do processo interpretativo. Contudo, faz-se necessário também, explicar acerca dos limites interpretativos e mencionar brevemente as consequências da violação de tais limites, sobretudo no que se refere às mutações constitucionais.

Cumprido esclarecer, de antemão, que a problemática acerca dos limites interpretativos não é exclusiva à interpretação constitucional, muito menos à interpretação de normas jurídicas, mas sim, um problema que concerne a todo ato que possa ser interpretado²²².

Contudo, em se tratando de normas jurídicas e de um Estado Constitucional de Direito, é necessária que exista uma segurança jurídica em se tratando das decisões, sobretudo das decisões de um tribunal constitucional²²³. Uma vez que o referido órgão possui forte ligação política, a inexistência de limites (ou de uma segurança jurídica, propriamente) poderia acarretar em decisões demasiadamente políticas e arbitrárias.

Em contrapartida, faz-se necessário recordar que a Constituição é um documento social também, que deve representar seu povo e o momento vivido por este²²⁴. Nesse sentido, é necessário que a interpretação sirva como um artifício para que o texto positivado acompanhe as transformações sociais.

Hesse corrobora esta ideia, porém o autor fala que a realidade não deve ser compreendida como fator decisivo para a compreensão da norma, mas sim como mero fator

²²² Para mais sobre os limites interpretativos de modo geral, cf. ECO, Humberto. *Los límites de la interpretación*. Lumen, 1992.

²²³ No âmbito jurídico, em geral, a ideia de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e/ou racionalizar a interpretação deriva, imediatamente, dos princípios da certeza e da segurança jurídica, que estariam comprometidos se os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do comum sentimento de justiça. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4º edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.121.

²²⁴ “Na Constituição encontramos quais os valores que são caros à sociedade, os objetivos que ela pretende alcançar, os princípios que devem ser observados os elementos fundamentais e imutáveis em que deve basear-se toda a atuação do Estado. Nesse sentido, a Constituição é de suma importância para a interpretação das normas jurídicas, bem como para a determinação de seu conteúdo. É pelo que diz o seu texto que devemos interpretar as demais normas jurídicas, ainda que estas tenham sido emitidas antes até da vigência da atual Constituição.”. HACK, Érico. *Direito Constitucional: conceitos fundamentos e princípios básicos*. Curitiba: Editora Ibpex, 2008, p.23.

de influência sobre a mesma²²⁵. Nesse sentido, é necessário estabelecer limites para esta interpretação, sobretudo para que o interprete não desvirtue a norma do texto normativo.

Cappelletti pondera que “a criatividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador, se, em outras palavras, assumindo os juízes (ou algum deles, como os constitucionais e comunitários) papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar à legislativa, e os juízes (ou aqueles outros juízes) acabam por invadir o domínio do poder legislativo”²²⁶. Assim, mesmo que a atividade interpretativa do juiz o leve a criações judiciais, não se deve atribuir a este a figura legislativa de criador de direitos, pois ao juiz compete apenas a tarefa de aplicação e adequação da norma a questão jurídica.

Ocorre que, muitas vezes para realizar a referida adequação, é necessário que o juiz constitucional compreenda que o âmbito normativo da constituição²²⁷ não é imutável, e que tal característica pode levar a interpretações diferentes do mesmo dispositivo constitucional²²⁸.

A chamada mutação constitucional ocorre quando a interpretação de uma norma é modificada em razão de um fato superveniente²²⁹. Assim, admite-se a mutação constitucional como uma espécie de reforma constitucional informal.

²²⁵ “las normas que integran el Derecho constitucional no son sólo mandatos(Sollensätze) abstractos que, ajenos a la realidad, se contraponen a ésta de forma totalmente inconexa, o que, <<dialéctica>>, <<correlativamente>> o del modo que sea, se coordinan con la misma por médio de una genérica interrelacion. Estas normas quendan em letra muerta cuando su contenido no se incorpora a la conducta humana mediante su aplicación y observancia diarias. Sólo em tanto el Derecho constitucional es <<realizado>> por y em dicha conducta alcanza la realidad de un orden vivido, formador y conformador de la realidad histórica, capaz, por tanto de cumplir su función em la vida de la Comunidad. Y de la misma manera que sólo bajo este presupuesto puede tener relevância el Derecho constitucional para la vida de la Comunidad, también para una aproximación jurídica a la que lo que le importe sea ese orden real y no u <<sistema>> abstracto sólo lle puede importar el Derecho constitucional como algo realizado y a realizar. Desde el punto de vista de esta <<realización>> del Derecho constitucional, como ha señalado F. Müller, la <<norma>> no puede ser aislada de la <<realidad>> em sus perspectivas circunstancias (el <<âmbito normativo>>), afectadas por el mandato de la norma (el <<programa normativo>>), es parte integrante y constitutiva de la norma misma.”. HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1983, p.108.

²²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? trad. por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p.73.

²²⁷ Ver 3.3.5 para a definição do que compreende-se por âmbito normativo.

²²⁸ Hesse reafirma esta ideia ao apontar “que la voluntad de la Constitución no es algo inmutable sino una voluntad estable cambiante, de tal modo que ante un cambio de las circunstancias cabe acudir a nuevas interpretaciones, o que, finalmente, determina dos cambios de la realidad constitucional podrian producir um cambio en el significado de ciertos preceptos de la Constitución escrita.” HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Op. Cit. P. 88.

²²⁹ Bulos define-a como “é o processo informal de mudança das constituições que atribui novos sentidos aos seus preceitos significados e conteúdos dantes não contemplados. (...) Significa que não é apenas por meio de reforma constitucional que as constituições se modificam, para aderir às exigências sociais, políticas,

Em virtude de se desenvolverem a partir de fatos externos não é possível delimitar um íterim para sua ocorrência, talvez esta seja a maior problemática pertinente a mutação constitucional: em razão de sua natureza imprevisível é impossível prever seu acontecimento ou o fato que a motivará. Nesse contexto é que surgem as mutações constitucionais.

Assim, a mutação constitucional é um processo informal, visto que não segue o tipificado na Constituição; imprevisível, pois não é possível prevê-lo; e está associado à ideia de uma Constituição dinâmica, em razão de resultar da interação entre sociedade e Constituição.

A Escola Alemã de Direito Público foi a primeira a reconhecer a mutação constitucional, que na época a denominava de “mutação informal da Constituição”. O jurista Paul Laband foi o primeiro a buscar a diferença entre mutação (*verfassungswandlung*) e reforma constitucional (*verfassungsänderung*), ao notar as mudanças informais na Constituição alemã de 1871²³⁰.

O jurista alemão Jellinek aponta também seu próprio critério de diferenciação entre mutação e reforma constitucional²³¹. Para o autor, a intencionalidade é o principal ponto de divergência entre os referidos tipos de alteração constitucional, uma vez que na reforma constitucional possui-se a intenção de alterar o texto. Já na mutação constitucional não há certeza desta intencionalidade, visto que ela é imprevisível e não-programada.

Heller, baseando-se no conceito de Jellinek para aprofundar seus estudos, destaca os fatores que levam a mutação constitucional a ser um processo informal. Assim, o autor atenta sobretudo para os fatores sociais, distinguindo a *normatividade* da *normalidade*²³² e

econômicas, jurídicas do Estado e da comunidade. O caráter dinâmico da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa, em que as constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar, um refazer de soluções normativas que nem sempre surgem de reformas constitucionais.” BULOS, Uadi Lamego. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p.435.

²³⁰ “Parece ter sido a doutrina alemã que primeiro detectou o problema, ao notar que a Constituição de 1871 sofria, frequentemente, mudanças quanto ao funcionamento das instituições do Reich, mas sem reformas constitucionais. Foi aí que Laband, examinando o Texto germânico de 1871, constatou a existência de mudanças informais em seu articulado, passando a distinguir a reforma da mutação constitucional” . Cf. BULOS, Uadi L. Ibidem, p.435.

²³¹ “Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación.” JELLINEK, Georg. Reforma y Mutación de la constitución Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.7.

²³² Para o autor, existem dois tipos de ordenações sociais. Nesse sentido, ele coloca que: “Dentro destas ordenações sociais cumpre, porém, distinguir aquelas que apresentam um simples caráter de regularidade

utilizando tais termos para fazer um paralelo com o *ser* e o *dever ser* da Constituição. Nesse sentido, “sobre a infra-estrutura da Constituição não normada, e influída essencialmente por esta infra-estrutura, ergue-se a Constituição formada por normas na qual, ao lado da tradição e do uso, desempenham o seu papel peculiar a função diretora e a preceptiva, que tem caráter autônomo e que, com frequência, decidem contra o tradicional”²³³.

Nesse contexto, é perceptível a relevância entre o texto constitucional e o momento atual da sociedade, e a necessidade, oriunda da própria Constituição, de se manter em consonância com a coletividade. Smend²³⁴ corrobora esta ideia, uma vez que o jurista concebe a Constituição como um movimento. Nesse sentido, ele compreende a mutação constitucional como um artifício a ser utilizado para que a lei-maior se mantenha atual e em consonância com a sociedade.

Por ser desenvolvida em razão de diversos fatores, a mutação constitucional tem uma origem variada. O jurista chinês Hsü Dau-Lin classifica a mutação constitucional como a inadequação das normas constitucionais perante a realidade constitucional e acredita que esta situação poderá ser provocada de quatro formas, sendo elas: “a) mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição; b) pela impossibilidade de se exercerem certos direitos estatuídos constitucionalmente; c) por uma prática estatal contraditória com a Constituição; ou, ainda, d) através de interpretação, situação de anormalidade que se normaliza ou se ultrapassa no curso da própria práxis constitucional”²³⁵.

É perceptível, a partir do exposto acima, que a mutação constitucional é ocasionada a partir da interpretação do texto constitucional em função da resolução de uma questão jurídico-constitucional, para a qual a Constituição não possui uma resposta expressa. Nesse

efetiva, de normalidade, daquelas que aparecem como exigidas, como normativas”. HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.p. 222 e ss.

²³³ HELLER, Hermann. Ibidem. P. 298.

²³⁴ SMEND, Rudolf. Constitución y derecho constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, 1985. Sobre o tema: “Sólo puede concebirse la idea del Estado como flujo circular, como una tensión dialéctica individuo-sociedad que no puede ser entendida ideológicamente sino que sólo puede ser descrita. La íntima realidad del Estado, a partir de la cual se definen el concepto y el objeto de la Constitución, la constituye el ser un ámbito parcial de la realidad espiritual.”. URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. Revista española de derecho constitucional, 2000, 58: 105-135. p.119.

²³⁵ Cf. HSÜ, Dau-Lin; VERDÚ, Pablo Lucas. *Mutación de la Constitución*. Instituto Vasco de Administración Pública= Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1998, p. 29 e 31. APUD COELHO, Inocência Mártires. Interpretação constitucional. 4º edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.181.

sentido, é necessário que o juiz ultrapasse seus *limites interpretativos* a fim de buscar uma resposta jurídico-constitucionalmente adequada para o referido problema.

Há de se considerar, também, que as próprias Constituições muitas vezes autorizam essa interpretação além do texto, ao promulgarem o juiz ou o tribunal constitucional como órgão oficial de interpretação.

Conclusões

O presente trabalho buscou analisar a influência dos aspectos jurídico-políticos nas ações pertinentes a justiça constitucional, bem como nas decisões emitidas pelos tribunais constitucionais. Utilizando como fundamento a teoria da *leitura moral da Constituição*, buscou-se expor as razões pelas quais a vertente política inerente a norma fundamental influencia em todos os atos pertinentes a justiça constitucional.

Nesse sentido, pode-se compreender, a partir da primeira parte do trabalho, que a existência da justiça constitucional está atrelada a premissa da supremacia da norma constitucional, não sendo possível discorrer sobre uma sem abordar a outra.

Entendeu-se também que, apesar das discussões acerca da legitimidade e da natureza do órgão a ser classificado como “guardião da Constituição”, o mais adequado é que o órgão responsável pela justiça constitucional seja um órgão de natureza jurídica. Isto porque a legitimidade da justiça constitucional está atrelada a defesa dos preceitos democráticos da equidade e da separação dos poderes.

Ainda em relação ao controle de constitucionalidade, ressalta-se que, quando ele é efetuado por um órgão jurídico – seja um controle difuso ou concentrado – torna-se mais condizente com os preceitos de um Estado de Direito Democrático, sobretudo em função da separação dos poderes, pois, não é aconselhável que atribuir ao legislativo a função de escrever e fiscalizar as normas por ele escritas, assim, caberia ao judiciário a fiscalização das normas escritas pelo legislativo.

Em relação à defesa da equidade, é salutar reafirmar a ideia de Dworkin, vez que a Democracia parte da premissa de que todos os cidadãos estão em caráter de igualdade, e caberia ao judiciário funcionar como garantidor da isonomia entre os grupos majoritários e minoritários.

Ademais, cumpre salientar que o controle de constitucionalidade é a principal função do juiz constitucional, porém, muitas vezes é incumbida a ele a guarda da Constituição e a interpretação “oficial” – ou final – do texto.

Relacionada a função de guardião da norma Constitucional, ressalta-se que a mesma não se resume a proteção interna dos direitos fundamentais do Estado, mas possui ligação com as relações entre a Constituição e o direito internacional.

Como visto, compete ao juiz constitucional a tarefa de analisar se os acordos internacionais não ferem os direitos previstos no texto constitucional, assim, cumpre a ele a tarefa de trazer os documentos internacionais firmados pelo Estado perante as comunidades internacionais para o âmbito da Constituição.

Ademais, com a criação de grupos econômicos, o crescimento e desenvolvimento da globalização e a expansão de comunidades político-econômicas, tal como a União Europeia, a relação entre os Estados está cada vez mais forte, a ponto de se desenvolverem teorias como a do *Comparative reasoning*²³⁶, que permite aos juízes constitucionais utilizarem a jurisprudência de outros Estados em situações análogas as que estejam avaliando.

Nessa esteira, cumpre reforçar o entendimento de que o juiz constitucional, enquanto guardião da constituição, é o responsável pela defesa dos direitos prescritos na carta magna, não somente a nível interno, mas também no âmbito internacional.

A segunda parte do trabalho, dedicou-se a estudar a realização da Constituição e a influência dos aspectos políticos do texto na referida tarefa. Nesse sentido, pode-se concluir que a realização da constituição é a tarefa de interpretar e aplicar uma constituição, visando a solução de uma questão jurídico-constitucional. Assim sendo, a realização da Constituição seria uma tarefa remetida aos juízes constitucionais, por serem agentes da justiça constitucional e, portanto, ser de sua competência a resolução das questões jurídico-constitucionais.

Ainda, pode-se concluir que, para que seja possível resolver uma questão jurídico-constitucional, é necessário que o juiz interprete a norma constitucional em três momentos: construindo-a, concretizando-a e, por fim, aplicando-a.

A construção implica o momento da compreensão do que compõe o texto da norma, isto é, o entendimento dos enunciados linguísticos que formam a norma. A Concretização é a aproximação entre a norma e a questão jurídico-constitucional que busca solução. E a

²³⁶ Para mais sobre o tema cf. BOBEK, Michal. *Comparative reasoning in European supreme courts*. OUP Oxford, 2013.

aplicação é o momento em que se aplica a norma jurídica afim de solucionar a questão jurídico-constitucional.

Para mais, cumpre ressaltar que é necessário respeitar os princípios e métodos propostos pela hermenêutica constitucional para que se possa realizar a constituição corretamente, pois tais princípios e métodos são de extrema importância para a manutenção do sistema constitucional.

Há de se falar, ainda, que a interpretação constitucional é um assunto que requer especial atenção, não somente pelo fato da constituição ser composta, em sua maioria, por enunciados linguísticos demasiadamente abertos, mas também pela gama de princípios que compõe o seu texto e também pela vertente política inerente a carta magna.

Nessa esteira, percebe-se que cabe ao juiz constitucional a realização de uma *leitura moral* do texto constitucional, a fim de ponderar os fatores políticos e jurídicos que incidem na questão jurídico-constitucional, bem como compreender adequadamente os princípios constitucionais a serem protegidos por ele.

Por fim, cabe recordar que a seara interpretativa engloba diversos assuntos demasiadamente complexos e extensos, objetivou-se, no presente trabalho, apenas a análise de um desses aspectos especificamente no âmbito constitucional. Como bem coloca MacCormick: “The proper interpretation and application of legal rules, and the proof and interpretation of facts relevant to law-application can be hugely problematic. Theories about the indeterminacy of language cast doubt on the possibility of the legal certainty proclaimed by supporters of the Rule of Law. Problems become apparent as arguments are raised to cast doubt even on what have hitherto seemed law’s most cherished certainties. No less ancient than recognition of the Rule of Law as a political ideal is recognition of law’s domain as a locus of argumentation, a nursery of rhetoric in all its elegant and persuasive but also sometimes dubious arts.”²³⁷.

Deste modo, as conclusões obtidas no presente trabalho não objetivaram esclarecer acerca de todos os aspectos da exegese constitucional, bem como do entrelaçamento entre os aspectos jurídicos e políticos presentes no texto constitucional, porém poderão ser

²³⁷ MACCORMICK, Neil. Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning. OUP Oxford, 2005. P.13.

utilizados como uma forma de incitar novas reflexões e discussões sobre o tema, e ainda expor novas ideias acerca da realização constitucional.

Referências Bibliográficas

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1949. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2017.

ALEMANYA. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT; SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo. Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão. Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ARAGÓN REYES, Manuel. Estudios de derecho constitucional. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1998, APUD URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional. Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2012.

AVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BACHOFF, Otto. Estado de direito e poder político. IN: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1980, 56.

BARAK, Aharon. The Supreme Court 2001 term: Foreword: A judge on judging: The role of a supreme court in a democracy. *Harvard Law Review*, 2002, 116.1: 19-162.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. IN: *RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ* 21 (2012).

_____. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. IN: Anuario iberoamericano de justicia constitucional, 2009, 13: 17-32.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. IN: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, p. 1-41, 2007.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. IN: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas, 2003, 2.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. Malheiros editores, 2010.

BOBBIO, Norberto; DE CICCIO, Claudio. Teoria do ordenamento jurídico. UnB, 1999.

BOBEK, Michal. Comparative reasoning in European supreme courts. OUP Oxford, 2013.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales. Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15° ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

_____. Do estado liberal ao estado social. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL, Senado Federal do. Constituição da república Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal, 1988.

BRITO, José de Sousa e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. Vários autores. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Coimbra: Coimbra, 1995. P.: 39-47

BULOS, Uadi Lamêgo. Construção constitucional. IN: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, 1999, 36.36: 181-206.

_____. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALAMANDREI, Piero; DE PAULA, Ivo. Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados. Editora Pillares, 1971.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer(org.). Manual de derecho constitucional, Vol I. 11º edição. Tecnos, 2016.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito. Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Um Olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política e a Politicização da Justiça. Conferência Proferida no Supremo Tribunal de Justiça. Lisboa, 26 de abril de 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? trad. por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado. Porto Alegre, 1984.

_____; GONÇALVES, Aroldo Plínio; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. SA Fabris Editor, 1999.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel. Neoconstitucionalismo (s). Madrid, Trotta, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. 4º edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSTITUINTE, Assembleia. Constituição da República Portuguesa. Lisboa: Diário da Republica, 1976.

CORREIA, Fernando Alves. Justiça Constitucional. Coimbra: Almedina, 2016.

COSTA, José Manuel Cardoso da. Algumas reflexões em torno da Justiça Constitucional. in Studia Iuridica 41 – Colloquia 3, Coimbra (Separata de Perspectivas do Direito no início do século XXI);

DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*, 2011, 132.

DE ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas, 1982.

DWORKIN, Ronald. "Equality, democracy, and constitution: we the people in court." *Alberta Law Review*. Vol. 28, n°2, (1989).

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

_____. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. OUP Oxford, 1999.

ECO, Humberto. *Los límites de la interpretación*. Lumen, 1992.

ELY, John Hart. *Democracia y Desconfianza - Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, trad. Magdalena Holguín, 1997.

ESPAÑA. Constitución Española, 1979. Disponível em: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf> . Acesso em 09 de maio de 2017.

Faculdade de Direito de São Paulo. *Obras Completas de Rui Barbosa*. V. 48, t. 2, 1921.

FRANÇA. Constituição Francesa, 1958. Disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf. Acesso em 09 de maio de 2017.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

HÄBERLE, Peter. "Zeit und Verfassung" In DREIER, Ralf & SCHWEGMANN, Friedrich (org.). *Probleme der Verfassungsinterpretation*. Nomos: Baden-Baden, 1976. p. 293

_____. *El estado constitucional*. Fondo Editorial PUCP, 2003.

_____ ; MENDES, Gilmar Ferreira. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. SA Fabris Editor, 1997.

HACK, Érico. Direito Constitucional: conceitos fundamentos e princípios básicos. Curitiba: Editora Ibplex, 2008.

HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1983.

_____ ; HECK, Luís Afonso. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. SA Fabris Editor, 1998.

HSÛ, Dau-Lin; VERDÚ, Pablo Lucas. Mutación de la Constitución. Instituto Vasco de Administración Pública= Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1998, p. 29 e 31. APUD COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação constitucional. 4º edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.181.

HUGHES, Charles Evans. Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906-1908. GP Putnam's Sons, 1908.

ITALIA. Constituição Italiana em Português, 1947. Disponível em: [http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti di riferimento/La %20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti%20di%20riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/CostituzioneItaliana-Portoghese.pdf). Acesso em 05 de maio de 2017.

JELLINEK, Georg. Reforma y Mutación de la constitución Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra, Armédio Amado, 1979.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of " Judicial Activism". *California Law Review*, 2004, 92.5: 1441-1477.

KRAMER, Larry D. Popular constitutionalism, circa 2004. *California Law Review*, 2004, 92.4: 959-1011.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência jurídica. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?*. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. Editora Saraiva, 2014.

LINHARES, José Manuel Aroso. A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 2002, 65-178.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. O guarda da Constituição e sua legitimidade: a polémica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a proteção da Constituição. IN: *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. P. 457-468. Coimbra Editora, 2012.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. OUP Oxford, 2005.

MADISON, Marbury v. Marbury v. Madison. Timeline, 1800, 1801.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito constitucional. 9º edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. O problema da Realização da Constituição pela Justiça Constitucional. IN: *Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social*, 6,

Coimbra, 2010. Juízo ou decisão? : o problema da realização jurisdicional do direito. Coimbra : Instituto Jurídico, 2016.

MORAES, Carlos Blanco de. Justiça Constitucional – tomo I. Coimbra editora, 2006.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NEVES, A. Castanheira. "Entre o Legislador a Sociedade eo Juiz ou Entre Sistema Função e Problema- Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito." Bol. Fac. Direito U. Coimbra 74 (1998): 1.

_____. Metodologia Jurídica: problemas fundamentais. Coimbra : Coimbra Editora, 2011.

_____. O actual problema metodológico da realização do direito. IN: Digesta: Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros, Vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. O direito como validade: a validade como categoria jurisprudencialista. Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza, v.34, n.2, 2013, p.39-76.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. WMF Martins Fontes. São Paulo, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático. Coimbra Editora, 2012.

PIRES, Francisco Lucas. Introdução ao Direito Constitucional Europeu, Coimbra: Almedina 1997.

QUINTANA, Segundo Linares. Tratado de interpretación constitucional. Buenos Aires: Abelado-Perrot, 1998.

RAZ, Joseph. "On the authority and interpretation of constitutions: some preliminaries", in Larry Alexander(ed.), Constitutionalism: Philosophical Foundations.

RODRIGUES, Sandra Martinho. A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem. Coimbra: Almedina, 2005.

ROUSSEAU, Dominique; ISABEL (TRAD.) ORTIZ PICA; TERESA (EST.) FREIXES SANJUN. La justicia constitucional en Europa. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

SALDANHA, Nelson. Liberalismo e Estado liberal. Revista Forense , v. 81, n. 291, p. 93.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 113-146.

SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Editora del Rey, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?. Liber Juris, 1988.

SILVA, Suzana Tavares da. O tetralema do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade. IN: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: Interpretação constitucional 1ª ed.–São Paulo: Malheiros, 2005.

SMEND, Rudolf. Constitución y derecho constitucional. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. Concretização de Direitos e interpretação da Constituição. IN: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005, 81: 291.

SWEET, Alec Stone. Governing with judges: constitutional politics in Europe. Oxford University Press, 2000.

TAVARES, André Ramos. Ativismo Judicial. IN: DIMOULIS, Dimitri (ed.). Dicionário brasileiro de direito constitucional. 2007.

_____. Paradigmas do judicialismo constitucional. Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

URBANO, Maria Benedita. Curso de justiça constitucional. Evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2012.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. Revista española de derecho constitucional, 2000, 58: 105-135.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília: Editora Universidade de Brasília e Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La giustizia costituzionale. Mulino, 1988.

_____. Que es ser juez constitucional?. e-libro, Corp., 2006.