8

Jurisdição Constitucional: entre a guarda da Constituição e o ativismo judicial

EMERSON ADEMIR BORGES DE OLIVEIRA

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor e Mestre em Direito do Estado (USP). Professor Assistente nos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado (Unimar).

Artigo recebido em 10/4/2017 e aprovado em 11/4/2018.

SUMÁRIO: *1 Introdução • 2 Os modelos de controle na história • 3 A polêmica Kelsen-Schmitt • 4 Interpretação e construção: entre o procedimental e o substancial emerge o ativismo • 5 Conclusão • 6 Referências.*

RESUMO: A jurisdição constitucional é um dos principais pilares dos Estados Democráticos de Direito. A manutenção do federalismo e da concepção do próprio Estado apenas é possível com a estruturação de um controle de constitucionalidade que possa, sem interferência dos demais poderes, proporcionar uma interpretação do texto constitucional de cunho efetivo. Nesse tocante, a preocupação contemporânea é com o papel que Cortes Constitucionais, enquanto órgãos de cúpula do Judiciário e com função de controlar abstratamente a Constituição, têm exercido nos últimos anos e a perspectiva de seu exercício diferida no tempo, mormente no tocante ao seu dever fundamental de dar vida ao texto constitucional. Este artigo tem o propósito de analisar a ideia de jurisdição constitucional desde sua concepção, conferindo-lhe, posteriormente, desenhos práticos para, por fim, adentrar à discussão acerca do espaço interpretativo e da possibilidade de criação do direito, valendo-se de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e do método dedutivo de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional • Interpretação Constitucional • Ativismo Judicial • Limites Interpretativos • Teorias Substancial e Procedimental.

Judicial Review: Between the preservation of the Constitution and the judicial activism

SUMMARY: *1 Introduction • 2 The judicial review models in history • 3 The Kelsen-Schmitt Controversy • 4 Interpretation and construction: from in between substantive and procedural theories emerges the judicial activism • 5 Conclusion • 6 References.*

ABSTRACT: The Constitutional jurisdiction is one of the most important pillars of the Democratic States. The maintenance of federalism and the State's own conception is only possible due to the structuring of a judicial review that can provide an effective interpretation of constitutional law without the interference of other power functions. Thus, the contemporary´s concern is the role that Constitutional Courts, as the top of judiciary power and beholders of the relevant function of controlling abstractly the Constitution, have exercised in recent years and the perspective of its differential exercise through time, especially on their fundamental function of giving meaning to the Constitutional text. This paper aims to analyze the idea of constitutional jurisdiction, since its conception, granting it practical designs with the objective to enter the discussion between interpretative framework and the law creation. This article uses the deductive method and the bibliographical and jurisprudential research.

KEYWORDS: Constitutional Jurisdiction • Constitutional Interpretation • Judicial Activism • Interpretative Limits • Substancial and Procedural Theories.

Jurisdicción Constitucional: entre la guardia de la Constitución y el activismo judicial

CONTENIDO: *1 Introducción • 2 Los modelos de control en la historia • 3 La controversia Kelsen-Schmitt • 4 Interpretación y construcción: entre el procedimental y el substancial emerge al activismo • 5 Conclusión • 6 Referencias.*

RESUMEN: La jurisdicción constitucional es un pilar fundamental de los Estados Democráticos. El mantenimiento del federalismo y del diseño propio del Estado sólo son posibles con la formación de una opinión judicial que pueda, sin la interferencia de otros poderes, proporcionar una interpretación del texto constitucional de forma efectiva. En este sentido, la preocupación contemporánea es el papel que los tribunales constitucionales, como órganos de cúpula del Poder Judicial y con función de controlar abstractamente la Constitución, han ejercido en los últimos años y la posibilidad de su ejercicio diferido en el tiempo, sobre todo con respecto a su deber fundamental para dar vida a la Constitución. Este trabajo tiene por objeto examinar la idea de la jurisdicción constitucional, desde su creación, lo que le da más adelante, diseños prácticos para entrar finalmente la discusión del espacio interpretativo y la posibilidad de la creación del derecho. Para esto, nos valemos de investigación bibliográfica y jurisprudencial y del método deductivo de trabajo.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción Constitucional • La Interpretación Constitucional • Activismo Judicial • Límites Interpretativos • Teorías Sustancial y Procedimental.

1 Introdução

A jurisdição constitucional na contemporaneidade apresenta-se como uma consequência praticamente natural do Estado de Direito. É ela que garante que a Constituição ganhará efetividade e não terá seu projeto cotidianamente rasurado por medidas de exceção desenhadas atabalhoadamente. Mais do que isso, a jurisdição é a garantia do projeto constitucional, quando os outros Poderes buscam redefinir os rumos durante a caminhada.

Nesses termos, a jurisdição constitucional também se apresenta como medida democrática. Por meio dela, as bases que estruturaram democraticamente o Estado são conservadas, impedindo que o calor dos fatos mude a interpretação constitucional ou procure fugir de sua incidência sempre que os acontecimentos alegarem certa urgência.

Mais do que isso, é a garantia hodierna de que os ventos da mudança não farão despencar os edifícios que sustentam as bases constitucionais, independentemente das maiorias momentâneas e dos clamores populares.

Paulatinamente, conforme a Constituição se torna estável e intrínseca na vida da sociedade, nota-se uma expansão quanto ao seu alcance, destacando, nesse ponto, o papel desenvolvido pelas Cortes Constitucionais, últimas intérpretes do texto maior. Noutras palavras, é neste ponto que sentimos a vivência prática da Constituição, não apenas por si mesma, mas pela proteção que a jurisdição constitucional a ela dispensa.

Historicamente, o controle de constitucionalidade, antes mesmo da diretriz kelseniana do controle concentrado, vincula-se com o Estado de Direito. A ideia de *Rule of Law* impôs ao Estado, principalmente a partir dos documentos históricos que conformaram a Inglaterra, a necessidade de estabelecer parâmetros legais aos quais o cidadão, e mesmo o próprio Estado, se submetessem, evitando o agir arbitrário por parte do governante. Nos Estados Unidos, o sentido fora alcunhado pela expressão *The Reign of Law* – o império do direito –, a traduzir na prática a ideia de *always under law* – sempre sob a lei.

Eis a raiz que, futuramente, se desenvolveria na ideia central de que a Constituição é uma lei proeminente, que a todos conforma, inclusive ao restante do ordenamento jurídico. E, sendo de tal forma, deveria este dobrar-se àquela, urgindo a teoria do *judicial review of legislation* a inspirar, mais tarde, a própria jurisdição constitucional.

Esse controle hermenêutico das leis, tendo a Carta Constitucional como parâmetro, exige que alguém ou algum órgão se responsabilize pelo papel de curador

da Constituição, não tendo sempre sido unânime, como veremos, a percepção de que tal função seria destinada a um Tribunal. Melhor dizendo: a guarda da Constituição nem sempre fora, em maioria, defendida enquanto jurisdição.

A expansão da jurisdição constitucional e as importantes diretrizes conferidas a tais Tribunais pelas Constituições de vanguarda recolocam a temática sob um novo viés crítico: afinal, qual o limite para o desenvolvimento do Direito sob a ótica da moldura constitucional por parte das Cortes? Qual a linha que separa a interpretação da criação do Direito?

Na seara do ativismo, não se deve esquecer do confronto que norteia a vertente democrática do Judiciário. De um lado, a *teoria substancialista* foca na exegese constitucional e nos vetores axiológicos que materializam a Constituição, permitindo um alargamento maior do papel dos tribunais (TRIBE, 1985, p. 28). De outro, refutando tal amplitude no papel da jurisdição constitucional, a *teoria procedimentalista* convoca atenção para a higidez e a garantia de funcionamento dos processos democráticos legítimos. Ao Judiciário, nestes termos, cumpriria garantir o funcionamento do processo de tomada de decisões, nele não se imiscuindo, mas desobstruindo-o quando necessário (ELY, 2010, p. 140).

Há no Brasil uma propensão substancialista no papel desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal, seja pela ausência de força política dos demais Poderes, seja pelo papel atribuído pela Constituição, seja pelo duplo tipo de controle de constitucionalidade ou até mesmo pela vertente de autorresponsabilidade que o STF buscou na retomada democrática.

Entre decisões que invadam a esfera íntima das pessoas, como a que tange ao aborto de anencéfalos, outras que dizem respeito aos aspectos eleitorais, como a verticalização das coligações partidárias, e até mesmo outras que tocam nas diretrizes garantistas, como a prisão após condenação em segunda instância, há no Brasil uma infindável possibilidade de que as decisões supremas sejam sentidas na pele pelo cidadão.

Leonardo Martins, a título comparativo, ressalta que, na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal se elevou principalmente quando a instância realmente política pretendeu "[...] *lavar as mãos*, transferindo questões políticas incômodas ao crivo do controle de constitucionalidade, antes mesmo de haver aperfeiçoado o momento eminentemente político da conformação legislativa" (2011, p. 5, grifos no original).

http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e121-1512

Não se perquire, pelo presente, o entendimento de quais as circunstâncias que nos conduziram a este ponto, mas compreender, a partir desse pressuposto teórico, qual o papel desenvolvido contemporaneamente pela jurisdição constitucional e como se dá o avanço de tal papel na corrente ativista. Afinal, quais são os limites para a atuação da jurisdição constitucional?

2 Os modelos de controle na história

O primeiro modelo de controle de constitucionalidade, ainda difuso, fora instituído despretensiosamente no famoso caso *Marbury v. Madison* (1803), sem que houvesse qualquer previsão em tal medida na Constituição Norte-Americana, que trazia, de forma genérica, a jurisdição sobre todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade sob a Constituição (Artigo III, Seção 2). "A Constituição, evidentemente, não é autointerpretativa e alguns princípios cruciais – como o controle de constitucionalidade, a separação de poderes e o federalismo – são mais pressupostos do que estampados no texto" (O´BRIEN, 1991, p. 25, tradução nossa). O exercício da jurisdição original da Suprema Corte não dependia de intermediação legal pelo Congresso (TAYLOR, 1905, p. 44). São famosas as palavras do *Chief Justice* John Marshall (1997, p. 29), segundo o qual um princípio essencial de toda Constituição é de que são nulas quaisquer leis que com ela sejam incompatíveis, uma questão que obriga a todos os juízes.

De acordo com essa perspectiva, extremamente importante na compreensão do papel dos juízes na luta pelos direitos fundamentais e por outros direitos constitucionais, o juiz, em qualquer instância, tem o dever de observar a constitucionalidade da lei nos casos concretos. Nesse ponto, o pioneiro controle de constitucionalidade norte-americano acabou se sobrepondo à fórmula de Locke, para quem "[...] entre o legislador e o povo, ninguém na terra é o juiz", admitindo que os juízes podem se inserir em meio a essa relação (CANOTILHO, 2007, p. 60).

Como é cediço, apesar do caráter difuso, o controle de constitucionalidade, coincidentemente, acabou se desenvolvendo perante a própria Suprema Corte, embora não tenha sido de fato a pioneira, o que transformou o *judicial review* em algo extremamente simbólico:

> Já quanto a precedentes judiciais, num momento ulterior, mais concretamente no período que vai desde a Declaração de Independência (1776) até à criação da Constituição Federal (1787), verificou-se que em alguns dos Estados recém-independentizados se registraram casos

> esporádicos de controlo das leis estaduais em que o parâmetro de controlo eram as novas constituições desses Estados – portanto, um autêntico controlo de constitucionalidade. Tais referidos *precedentes* ocorrem em tribunais estaduais, quando os EUA ainda não existiam como Estado federal. Os exemplos em geral avançados são os de *Holmes v. Walton* (1780), julgado pela *Supreme Court* de New Jersey, e o de *Commonwealth v. Caton* (1782), julgado pela *Supreme Court* da Virgínia. Ao que parece, desde 1795 que os tribunais federais passaram também eles a controlar e a declarar nulas as leis estaduais que, desta feita, desrespeitassem a Constituição federal. (URBANO, 2016, p. 55-56, grifos no original).

Como a doutrina norte-americana frisa, não se trata apenas de uma Corte, mas de "[...] um terço do governo, representando uma importante parte não somente decidindo o que é hoje o povo norte-americano, mas também o rumo que ele tomará amanhã" (JOHNSON, 1962, p. 26).

A esse propósito, anota ainda Corwin:

> Possuindo, embora, todos os atributos formais de um tribunal judicial, a Corte Suprema exerce hoje poderes tão vastos e indefinidos, na censura da legislação, tanto nacional como estadual, e na interpretação da primeira, que a filosofia social dos nomeados constitui, muito legitimamente, matéria de grande importância para as autoridades que participam da nomeação, o Presidente e o Senado. (1959, p. 166).

No início do século XIX, desenvolve-se, entre os alemães, a concepção do *Rechtsstaat*, restaurando a ideia do constitucionalismo monárquico e do constitucionalismo revolucionário a partir da soberania popular. Com o tempo, esse Estado acabou se caracterizando pela essência liberal, opondo-se ao Estado de Polícia, que tudo regula, para assumir um modelo em que os cidadãos se tornariam livres e responsáveis pelos seus propósitos. Os dois direitos tidos como fundamentais – a liberdade (*Freiheit*) e a propriedade (*Eigentum*) – somente poderiam ser restringidos por lei de apelo igualmente popular. O Estado limitado pelo Direito, isto é, submetido ao *império da lei* (*Herrschaft des Gesetzes*) acabou trazendo em si a necessidade de controle judicial da atividade administrativa (CANOTILHO, 2007, p. 97).

Posteriormente, em 1920, Hans Kelsen, convidado a compor a Constituição Austríaca, criou aquilo que se tornou conhecido por ser o modelo de controle abstrato de constitucionalidade. Cuidou o jurista de criar também uma Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) que examinaria a constitucionalidade das leis. Assim, todas as leis supostamente inconstitucionais seriam objeto de análise, passíveis de anulação, mas não da mesma forma que no modelo norte-americano.

http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e121-1512

O novo sistema rompia com a possibilidade de a inconstitucionalidade a ser aferida da forma difusa até então vigente.

> Kelsen, a partir da ideia já desenvolvida sobre a jurisdição constitucional, ao instituir o modelo concentrado, em verdade revoluciona a justiça constitucional, abrindo a duros golpes o bloqueio europeu a modelos que pudessem se opor à soberania dos parlamentos" (BORGES DE OLIVEIRA, 2017, p. 23). Como afirmara o próprio Kelsen, "[...] uma centralização da revisão judicial da legislação era altamente desejável no interesse da autoridade da Constituição (2007, p. 304).

Sua importância tem como fundamento o fato de que a lei declarada inconstitucional é excluída do ordenamento jurídico e, assim, os seus efeitos perfazem-se sobre todos, independentemente de uma posição mais objetivista ou não. É uma via direta de combate ao texto inconstitucional.

De uma forma geral, esse papel preponderante das Cortes Constitucionais desloca a questão da correção das sentenças dos Tribunais *a quo* para um papel envolvendo *hard cases*. Segundo o *Chief Justice* William Howard Taft (1922, p. 6), o papel da Suprema Corte passa a ser o de expandir e estabilizar os princípios jurídicos em benefício dos cidadãos norte-americanos, trilhando por questões constitucionais e outras questões jurídicas de benefício público.

É preciso sempre ter em mente que a preferência da Constituição às leis não é uma questão apenas de hierarquia normativa, mas sim de preferência à intenção do povo do que à intenção dos seus agentes (O'BRIEN, 1991, p. 27). Para Friedrich Müller:

> O *estilo de raciocínio da política constitucional* refere-se à ponderação das consequências, à consideração valorativa de conteúdo [...] Elementos de política constitucional fornecem valiosos pontos de vista de conteúdo à compreensão e implementação prática de normas constitucionais. (2005, p. 90, grifos no original).

Como lembra Ackerman, os "[...] políticos eleitos não poderão enfraquecer os compromissos solenes do povo por meio da criação legislativa cotidiana" (2009, p. 5), sendo necessário buscar no próprio povo o apoio decisivo para revisão dos princípios preexistentes.

Mas, evidentemente, não se pode olvidar que a questão da existência de um controle com base na Lei Fundamental é inerente a todo e qualquer Estado de Direito, visto sob o ponto de vista da "máxima legalidade da função estatal" (KELSEN, 2007, p. 239). Conforme assevera Paulo Bonavides, a "[...] conseqüência dessa hierarquia

é o reconhecimento da *superlegalidade constitucional*, que faz da Constituição a lei das leis, a *lex legum*, ou seja, a mais alta expressão jurídica da soberania" (2008, p. 267, grifos no original).

Gilmar Mendes (2007, p. 467-468) ressalta, a partir dos ensinamentos de Kelsen na conferência proferida junto à Associação dos Professores de Direito Público alemães, que a existência de uma jurisdição constitucional é a base para que se assegurem garantias de um processo legislativo escorreito e de salvaguarda e, por consequência, das minorias em face da maioria (ESTEVES, 1995, p. 128-129), a fim de se evitar, mediante simples pleito jurisdicional, que esta se imponha absolutamente sobre aquelas.

A diretiva da democracia, evidentemente, não é evitar a existência de soluções antagônicas a serem oferecidas pelos participantes do combate jurisdicional, mas sim oferecer a garantia de que tais diferenças serão ouvidas e consideradas para que a solução dos conflitos seja apaziguadora. Como lembra O'Brien: "O poder do Tribunal encontra-se na capacidade de persuasão de suas decisões e, ainda, no alinhamento com outras instituições políticas e com a opinião pública" (1986, p. 277).

3 A polêmica Kelsen-Schmitt

A discussão semântica acerca da *jurisdição constitucional*, isto é, do controle concentrado de constitucionalidade, como vimos, inevitavelmente perpassa pelas mãos de Hans Kelsen, mormente em seu incansável labor de dar vida formal à materialização constitucional austríaca.

Nesse percurso, Kelsen deparou-se, novamente, com um instigável confronto acerca da resposta ao questionamento *quem deve ser o Guardião da Constituição?*[1] Nesse texto publicado por ele em 1931, o autor que enfrenta, com sua destreza peculiar, a posição de Carl Schmitt de que caberia ao chefe de Estado o papel de constitucionalista-mor.

Assim, assevera, acerca de Schmitt e seu trabalho *O guardião da Constituição*[2], o quão surpreendente

1 No original, *Wer sol der Hüter der Verfassung sein?* Publicado em *Die Justiz. Heft 11-12, vol. VI, p. 576-628.*

2 No original, *Hüter der Verfassung*. Publicado em *Beiträge zum öffentlichen Rechte der Gegenwart*, Ed. J. C. B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931. Há, no entanto, uma publicação do mesmo texto feita anteriormente, em 1929, e menção ao tema em outros dois artigos: *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung*, de 1924, e *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, de 1929.

http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e121-1512

> [...] é que esse escrito tire do rebotalho do teatro constitucional a sua mais antiga peça, qual seja, a tese de que o chefe de Estado, e nenhum outro órgão, seria o competente guardião da Constituição, a fim de utilizar novamente esse já bem empoeirado adereço cênico na república democrática em geral e na Constituição de Weimar em particular. (KELSEN, 2007 p. 243).

Carl Schmitt ministra um enorme esforço para tentar desqualificar a solução vista como natural do Judiciário enquanto guardião da Constituição, o que atribuía basicamente à influência da Suprema Corte Norte-Americana, a qual, segundo ele, detinha funções muito distintas daquelas exercidas pelos tribunais da Alemanha (SCHMITT, 1996, p. 12).

> Schmitt é contra esta tentativa de Kelsen de racionalizar o Estado de Direito, ao converter a Justiça Constitucional em guardião da Constituição. Entende que a função judicial não seria outra que a decisão de casos – em virtude de leis – e não a discussão do conteúdo das normas. O juiz não poderia se negar a decidir, pois caso contrário a função judicial se converteria em uma função que cria direito e não se limita a discutir, tipificar e subsumir os fatos à norma. (LORENZETTO, 2009, p. 1926).

Como ressalta Gilberto Bercovici, para Schmitt existiam vários impedimentos para que o Tribunal controlasse a constitucionalidade das leis: a) o controle judicial funciona *a posteriori*; b) é um controle acessório que ocorre de maneira incidental, isto é, de forma difusa, na perspectiva de sentenças judiciais; c) essa sentença judicial nada mais seria do que a subsunção do fato a uma norma prévia; e d) assim, seria inadmissível que o Judiciário estivesse acima daquele que confecciona a lei.

> Na sua opinião, uma norma jurídica não pode ser defendida por outra norma jurídica ('*Ein Gesetz kann nicht Hüter eines anderen Gesetzes sein*'). Esta concepção seria fruto da lógica abstrata do normativismo positivista. Na realidade, o que ocorre é a aplicação da norma a um conteúdo, ou seja, o problema é do conteúdo das normas jurídicas. Como a questão central é a determinação do conteúdo da norma, para Schmitt este problema é da legislação, não da justiça. (BERCOVICI, 2003, p. 195-196).

Para Schmitt, apenas seria admissível que o controle da constitucionalidade das leis fosse conferido a um Tribunal em um Estado de natureza *Judicialista*, isto é, quando absolutamente todas as questões políticas fossem levadas ao Judiciário, vale dizer, um Estado em que vigoraria a *politização da justiça* (*Politisierung der Justiz*) (SCHMITT, 1996, p. 22). Cumpre ressaltar, como faz Bercovici, que Schmitt parte do pressuposto de que uma Constituição não possui uma essência jurídica no tocante

à materialidade constitucional, mas, sim, na decisão política necessária para a sua criação (BERCOVICI, 2003, p. 196).

Carl Schmitt também descarta o Parlamento enquanto guardião da Constituição. No Estado Total alemão, marcado por uma ocupação pluralista, "os partidos políticos inviabilizam a toma de decisões, além do fato de, para Schmitt, a regulação econômica e social [típica de Estados Totais] ser incompatível com instituições do liberalismo, como as do sistema parlamentarista" (BERCOVICI, 2003, p. 197). Essa chuva de diretrizes rompe com qualquer unidade de direcionamento do Parlamento que, como lembra Schmitt, sequer pode lidar com os percalços econômicos, que dirá ser Guardião da Lei Fundamental (SCHMITT, 1996, p. 91).

Logo, o papel apenas poderia recair sobre um Poder que estivesse acima dos outros, agindo de forma neutra, consoante a construção doutrinária de Benjamin Constant. Poderia até ser um Poder no mesmo nível dos demais, mas com atribuições e predicativos especiais que o colocasse numa posição de guarda dos demais. Esse Poder seria atribuído ao Presidente do Reich, conforme o art. 48 da Constituição de Weimar (SCHMITT, 1996, p. 132). Ao depois, o Presidente seria eleito diretamente pelo povo alemão, o que lhe conferiria legitimidade democrática para perseguir a unidade do entendimento constitucional (SCHMITT, 1996, p. 159). E, ainda:

> Defende a figura do Chefe de Estado como verdadeiro defensor da Constituição pelo fato de este ter passado pelo crivo da eleição popular, aspecto que o legitimaria a atuar com independência em relação aos partidos e como instância verdadeiramente suprema e neutra. Contudo, a conversão do Chefe de Estado em Guardião da Constituição guarda uma opção ideológica bastante nítida pois, ao invés de contribuir na defesa do sistema constitucional, possibilita a sua violação sob uma base argumentativa de legitimação. (LORENZETTO, 2009, p. 1926).

Para Kelsen, logo a princípio, é preciso estabelecer uma premissa ao se imaginar a criação de uma instituição responsável por controlar a conformidade dos atos estatais à Constituição:

> [...] tal controle não deve ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados [...] nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. [É que, basicamente,] [...] ninguém pode ser juiz em causa própria. (2007, p. 240).

http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e121-1512

Ainda de acordo com Kelsen, a concepção de que o Governo deve ser o guardião da Constituição parte da tese de que o Monarca seria um terceiro neutro, a realizar análises de cunho objetivo acima dos dois polos de poder (2007, p. 241), conforme a criação de Benjamin Constant acerca do Poder Moderador – *pouvoir neutre* –, utilizado no Brasil por Dom Pedro I na confecção da Constituição Imperial de 1824, e que, na prática, demonstrou-se fonte de abusos e arbitrariedades pelo Imperador.

> Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade? A objeção de que se trata de uma intolerável contradição seria totalmente descabida, pois seria aplicar a categoria do conhecimento científico (ciência jurídica ou teoria do Estado) àquilo que só pode ser entendido como ideologia política. (KELSEN, 2007, p. 242).

O problema de se apoiar nesse delineamento de Constant, segundo Kelsen, para atribuir ao Presidente do *Reich* o papel de Guardião da Constituição, é que aquele tem como pressuposto a existência de dois poderes Executivos distintos: um passivo e um ativo, sendo que apenas o passivo teria cunho neutro. Ocorre que tal visão em nada se adequa ao perfil do Presidente do *Reich*, conhecido na Constituição de Weimar justamente pela imensa gama de poderes, consoante o seu art. 48, tornando-se, com mais essa *guarda*, um "[...] senhor soberano do Estado", algo que é de tudo incompatível "[...] com a função de um garante da Constituição" (KELSEN, 2007, p. 245-246).

Ao depois, havia uma enorme dificuldade em compreender, dentro da esfera teórica do Estado enquanto um jurídico acima do político, como poderiam ser relegadas a alguém atividades que pudessem ser norteadas por diretrizes políticas.

> Mantidas as devidas proporções, essa idéia ainda permanece até hoje, uma vez que os tribunais constitucionais que se formaram segundo o modelo da *Supreme Court* dos Estados Unidos da América, como o Supremo Tribunal Federal do Brasil, mantêm referido tipo de entendimento, na esperança de afastar a heterogeneidade da política representativa e democrática do teor de suas composições e de suas decisões. (LIMA, 2013, p. 3).

Ademais, Schmitt atacava, sobretudo, o fato de que uma corte constitucional composta a partir de uma proporcionalidade partidária não teria cunho judicial, mas político.

Kelsen rebate com maestria o argumento. Para ele, Schmitt parte do pressuposto de que haveria uma contradição entre as funções jurisdicionais e as funções políticas, de forma que, se a anulação das leis é um ato político, não poderia ser ao mesmo

tempo jurídico. "Tal concepção, contudo, é falsa, porque pressupõe que o exercício do poder esteja encerrado dentro do processo legislativo" (KELSEN, 2007, p. 250-251).

> O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a *verdadeira* jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na medida em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter *político* que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa. Se fosse da natureza da jurisdição não ser política, então seria impossível uma jurisdição internacional; ou melhor: a decisão, segundo as normas do direito internacional, de controvérsia entre Estados, que só se distinguem dos conflitos internos porque aparecem mais claramente como conflitos de poder, deveria receber outra denominação. (KELSEN, 2007, p. 251).

Outrossim, Kelsen assevera que a Suprema Corte não faz nada diferente dos Tribunais Alemães "[...] quando estes exercem seu direito de controle, ou seja, não aplicando ao caso concreto as leis consideradas inconstitucionais" (2007, p. 249). Para ele, no plano prático, a única diferença é que o Tribunal de cassação não anula a lei inconstitucional para apenas um caso concreto, mas sim no plano abstrato:

> Schmitt não pode desmentir que um tribunal, quando rejeita a aplicação de uma lei inconstitucional, suprimindo assim sua validade para o caso concreto, funciona na prática como garante da Constituição, mesmo que não se lhe conceda o altissonante título de *guardião da Constituição*. (KELSEN, 2007, p. 250, grifos no original).

Para Hans Kelsen, vencedor legítimo da contenda, a história constitucional encontrou bom amparo para a jurisdição constitucional, vista, para a maioria, como o Poder que naturalmente deveria herdar o papel de guarda da Constituição. Mais do que isso, sobretudo no território norte-americano, os esforços para afastar a vertente política da Suprema Corte acabaram paulatinamente ruindo em uma série de decisões históricas em que a Corte inevitavelmente extrapolou o âmbito jurisdicional. Veja-se, a propósito, os casos *Marbury v. Madison* (1803), *Luther v.*

Borden (1849), *Dred Scott v. Sandford* (1857), *Brown v. Board of Education* (1954) e *Cooper v. Aaron* (1958).

Nesse sentido, salutar o magistério do professor Gomes Canotilho:

> Em primeiro lugar, não deve admitir-se uma *recusa de justiça ou declinação de competência* do Tribunal Constitucional só porque a questão é política e deve ser decidida por instâncias políticas. Em segundo lugar, como já se disse, o *problema não reside em, através do controlo constitucional, se fazer política, mas sim em apreciar, de acordo com os parâmetros jurídico-materiais da constituição, a constitucionalidade da política*. A jurisdição constitucional tem, em larga medida, como objecto, apreciar a constitucionalidade do *político*. Não significa isto, como é óbvio, que ela se transforme em simples *jurisdição política*, pois tem sempre de decidir de acordo com os parâmetros materiais fixados nas normas e princípios da constituição. Consequentemente, só quando existem parâmetros jurídico-constitucionais para o comportamento político pode o TC apreciar a violação desses parâmetros. (2007, p. 1309, grifos no original).

Uma das principais vertentes da jurisdição constitucional é a sua capacidade de contribuir para a democracia, mormente quando o estilo jurisdicional pressupõe o amplo debate acerca das questões abordadas, com a oitiva pública, e o exercício de seu papel contramajoritário, o que elucida uma preciosa vertente política da Corte. Como bem ressalta Canotilho, o objetivo não é impedir a existência de juízos político-valorativos, mas sim guiá-los dentro da função jurisdicional (2007, p. 1309). Ademais, vale a observação de Rui Barbosa:

> Uma questão pode ser distintamente política, altamente política, segundo alguns, até puramente política fora dos domínios da justiça, e, contudo, em revestindo a forma de um pleito, estar na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demanda, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado. (1910, p.178).

Não se olvide, outrossim, que independentemente do teor político analisado pela Corte, ela jamais se furta à justificação racional de suas decisões. Assim, a construção racional da decisão serve como um instrumento para se averiguar quão política é a decisão da Corte e se, por ventura, ela adentra, desarrazoadamente, na esfera legislativa. Seria absolutamente ilusória a tentativa de afastamento político daquele que tem como missão analisar o instrumento mais político de uma sociedade: a sua Constituição.

> Ele deve crer que é um mero autômato, que não produz criativamente direito, mas sim apenas *acha* direito já formado, *acha* uma decisão já existente na lei. Tal doutrina já foi desmascarada há muito tempo. Não é portanto tão estranho que Schmitt, depois de haver se servido dessa teoria do automatismo para separar, como princípio, a jurisdição como mera aplicação da lei e a legislação como criação do direito, e depois que ela lhe assegurou o principal argumento teórico em sua luta contra a jurisdição constitucional – 'uma lei não é uma sentença, uma sentença não é uma lei' –, coloque-a de lado, declarando enfaticamente: 'Em toda decisão, mesmo na de um tribunal que resolva um processo mediante a subsunção de um fato material, há um elemento de decisão pura que não pode ser deduzido do conteúdo da lei'. (KELSEN, 2007, p. 258, grifos no original).

Todavia, como iremos tratar adiante, muitas vezes nem mesmo a justificação racional parece ser limite para o avanço do Tribunal sobre a criação do Direito. De fato, existe uma fina linha entre a interpretação e a criação, a mesma que responderá ao questionamento acerca do papel exercido pela Corte Constitucional.

4 Interpretação e construção: entre o procedimental e o substancial nasce o ativismo

Os limites entre a interpretação e a criação do Direito, no trabalho dos Tribunais, sobretudo das Cortes Constitucionais, é questão tormentosa para os juristas públicos. Muito do problema, no entanto, se dá em decorrência da perquirição pelos mesmos juristas da existência de uma linha divisória sabidamente inexistente e absolutamente imprecisa.

Alcunhados de *ativistas* ou *substancialistas*, muitos juízes e Tribunais sofrem cotidianamente a acusação de estarem adentrando a seara legislativa, extrapolando o círculo jurisdicional, *criando* o Direito. Mas será o ativismo pura criação ou a criação é inerente a toda interpretação judicial? E se essa segunda parte for verdade, a interpretação é meramente criativa ou em seu contexto existe um espaço de criação e um espaço de aplicação?

http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e121-1512

A preocupação com o ativismo do Judiciário é partilhada por nomes como Bruce Ackerman, para quem a democracia dualista não admite a formatação de modelos morais por parte das Cortes Superiores, sob pena de inversão do fluxo das mudanças sociais.

> Não é próprio à jurisdição especial dos juízes e juristas conduzir o povo progressivamente na direção de novos e mais elevados valores. Essa é a tarefa dos cidadãos que podem, após investir muita energia, ter sucesso (ou fracassar) na tarefa de obter o consentimento da maioria dos seus compatriotas. O que os juízes e juristas podem fazer é preservar as conquistas da soberania popular durante os longos períodos da nossa existência pública, quando a cidadania não estiver mobilizada para grandes conquistas constitucionais. (ACKERMAN, 2006, p. 195).

Em outubro de 1928, em palestra proferida junto ao Instituto Internacional de Direito Público[3], na qual abordou o perfil decisional da jurisdição constitucional, Kelsen ressaltou que muito do equívoco argumentativo sobre o direito decorre de sua confusão ontológica com a lei. Nessa concepção, a jurisdição, atuando de forma externa ao direito, se restringe a aplicar um direito preexistente a ela, ou melhor, a própria lei. Criar estaria resumido ao ato de subsunção do fato à lei (KELSEN, 2007, p. 124).

Para ele, no entanto, é incompreensível o abismo que se cria entre a criação da lei e a sua execução. Tanto a criação quanto a execução exercem um papel duplo de criar e aplicar o direito: "Legislação e execução não são duas funções estatais coordenadas, mas duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito, e duas etapas intermediárias" (KELSEN, 2007, p. 124-125).

Todo o processo que culmina na aplicação do direito se inicia com a influência da ordem jurídica internacional nos poderes constituintes, perpassando pelos reflexos nos atos normativos e, novamente, nos atos administrativos e sentenças, alcançando, enfim, atos executórios materiais.

Durante esse desenvolvimento, o direito se mostra criador do próprio direito, ao passo que os atos executórios, sem se desligar do direito que lhes embasa, conduzem a uma eterna dialética de criação e recriação estatal. Assim, todas as

3 O texto referente à exposição e aos debates foi publicado pela primeira vez em francês (*La garantie jurisdictionelle de la Constitution*), na *Revue de Droit Public et Science Politique* n. 35, p. 197-257, em 1928. Posteriormente, em 1929, foi publicado em alemão (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*) na *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, p. 31-88.

etapas desse processo passam a representar a vontade criadora e coletiva eivada no Estado moderno (BORGES DE OLIVEIRA, 2015, p. 159).

Partindo da Constituição, enquanto norma fundamental positivada, nota-se a sua regulação da legislação infra, de forma que tal legislação se converte em aplicação do direito constitucional. Todavia, para os decretos e regulamentos que esmiúçam o conteúdo legal, a lei é a fonte criadora do direito, ao mesmo tempo em que o Decreto é, em relação à lei, aplicação, mas, para o ato administrativo que o aplica, será criação (KELSEN, 2007, p. 125).

Nesse diapasão, o direito se concretiza ao longo de todo esse percurso, que se inicia com a Constituição e termina nos atos executórios materiais. A cada nível em direção aos atos de execução, diminui-se o espaço criativo e aumenta-se a parte aplicadora (KELSEN, 2007, p. 126). Cada grau produz direito para o inferior e reproduz o direito recebido do superior. As sentenças, praticamente na base desse esquema, possuiriam maiores limitações para a criação, mas nem por isso a criação deixaria de existir.

A regularidade da norma é averiguada justamente quanto à sua relação com a norma de grau superior. "Garantias da Constituição significam portanto garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis" (KELSEN, 2007, p. 126).

A interpretação percorre um processo necessariamente criativo, até porque a decisão não se restringe a apontar a interpretação correta, mas também deve afastar as divergências, ainda que de forma subliminar. Nesse caminho da escolha interpretativa, o resultado que se afigure absolutamente oposto à norma restará como clara criação. Como asseveram Mendes, Coelho e Branco, "[...] uma coisa é atribuírem-se, criativamente, significados ou sentidos às regras de direito, e outra, bem distinta, é desconstruí-las, mas, ainda sim, dizer que isso é *interpretação*" (2008, p. 92, grifo no original).

Cumpre ressaltar que nos modernos Estados Constitucionais, que adotam a vetusta concepção tripartite de Montesquieu, a atividade legislativa é função destinada ao Legislativo, que o faz, geralmente, por representantes eleitos diretamente pelo povo. O exercício desarrazoado e desproporcional da criação legal por outros poderes é, na prática, um desvirtuamento do próprio Estado de Direito.

No anseio de se criar uma tênue linha entre a criação judicial do Direito e a pura legislação, Cappelletti argumenta que o trabalho de cunho legislativo do Judiciário guarda algumas peculiaridades que o tornam diferenciado do próprio

Legislativo: a) os juízes devem ser super partes, isto é, decidir sobre casos dos quais eles não participem ou tenham interesse, livres das pressões das partes; b) o processo deve sempre apresentar claramente seu caráter contraditório, permitindo uma manifestação adequada de todas as partes perante um juiz imparcial; e c) o processo jurisdicional necessita de atores a movê-lo, não se iniciando *ex officio* (1999, p. 75-76).

O controle de constitucionalidade, evidentemente, tem como uma de suas razões a efetivação da Constituição, mormente de seus direitos fundamentais, permitindo que, para isso, o Judiciário aja como legislador negativo, mas tendo como parâmetro limite a própria Constituição. "O problema é sempre a interpretação que desvirtue do sentido da norma constitucional, bem como da criação legal sem qualquer base na Constituição" (BORGES DE OLIVEIRA, 2015, p. 161).

Em linha oposta à teoria substancial, apoiada por Cappelletti, Ely defende um afastamento quase total do Judiciário das decisões políticas, servindo-lhe apenas para desobstruir os caminhos legitimamente democráticos por meio da teoria do reforço da democracia (*democracy-reinforcement*).

Ely parte de uma concepção procedimental do papel do Judiciário quanto à democracia, de sorte que deve este Poder exercer suas atribuições para garantir o bom funcionamento do processo democrático, sem interferir no mérito das escolhas realizadas politicamente.

Não haveria justificativa, segundo Ely (2010, p. 8), para a crença de que os valores dos juristas deveriam prevalecer sobre aqueles pertencentes aos representantes democraticamente eleitos. E, caso os representados não concordassem com as opções destes, poderiam demonstrar sua insatisfação no pleito eleitoral.

> Quando uma Corte invalida um ato dos poderes políticos com base na Constituição, no entanto, ela está *rejeitando* a decisão dos poderes políticos, e em geral o faz de maneira que não esteja sujeita à *correção* pelo processo legislativo ordinário. Assim, eis a função central, que é ao mesmo tempo o problema central, do controle judicial de constitucionalidade: um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam. (ELY, 2010, p. 8, grifos no original).

Assim, o Judiciário deveria deixar a democracia seguir naturalmente seu curso, intervindo apenas quando o processo apresentar falhas que gerem desconfiança, a fim de controlar o seu livre exercício:

> Não é justo dizer que o governo está *funcionando mal* só porque às vezes ele gera resultados com os quais discordamos, por mais forte que seja nossa discordância (e afirmar que ele obtém resultados de que o *povo* discorda – ou de que discordaria, *se compreendesse* – na maioria das vezes é um pouco mais que uma projeção delirante). Numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto. O mau funcionamento ocorre quando o *processo* não merece nossa confiança. Quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos. (ELY, 2010, p. 137, grifos no original).

Ely critica, outrossim, a *leitura moral da Constituição*, dado o fato de ela estar mais sensível às opções puramente pessoais de cada *justice* (2010, p. 78). Tais críticas merecem sublime consideração, pois escancaram uma preocupação homogênea, mesmo entre aqueles mais ativistas, de que o Tribunal não deve exceder seu campo jurisdicional e se colocar na posição de legislador e de que não é desejável que os juízes se valham puramente de suas opções morais para justificar decisões coletivas.

Muito da construção interpretativa de cunho criativo advém da seara da hermenêutica constitucional. Noutras palavras, as bases interpretativas como supedâneo da expansão do texto constitucional. De fato, Hesse revela que a abertura e a amplitude da Constituição trazem problemas de ordem prática na interpretação desenvolvida na seara da jurisdição constitucional (1998, p. 54). Mas ressalta:

> *Tarefa da interpretação* é encontrar o resultado constitucionalmente *exato* em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza jurídica e previ]sibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão. (HESSE, 1998, p. 55).

Teoricamente, aquilo que permite o abuso também serve como controle. A justificação racional das decisões é o melhor termômetro do avanço indevido do Judiciário, não apenas para os juristas que participam ativamente do cotidiano dos Tribunais a aprovar ou reprovar as conclusões jurídicas, mas para a própria população.

A submissão do direito ao mundo fenomênico da cultura, a edificação constitucional na principiologia e as vicissitudes típicas do intérprete diante de

sentidos dúbios ou cambiantes devem também ser tomadas em conta quando se está por exigir objetividade ou fundamentação estritamente racional do julgador. O processo interpretativo e o desafiante deslinde entre a letra fria da lei e a vida das pessoas não podem ser ignorados quando da avaliação da conduta jurisdicional, mas, como ressalta Cappelletti, criatividade jurisprudencial não significa *direito livre* (1999, p. 26).

Longe de ser um risco, a jurisdição constitucional é uma necessidade para o desenvolvimento do Estado democrático, desde que, como dissemos, respeitados os parâmetros que evitam transformar o jurisdicional em legislativo.

Como ensina Grant Gilmore (1978, p. 108), o ativismo nos Estados Unidos destacou-se sob o comando do *chief* Earl Warren, mas o precedeu em muito, desenvolvendo-se tanto nas esferas do Direito Público, como do Direito Privado, tanto nos tribunais estaduais quanto nos tribunais federais. A jurisprudência do pós Guerra Civil, acostumada com abstrações e teorias unitárias, viu-se questionada pelas formulações doutrinárias de relevo e, paulatinamente, cedeu lugar para uma revisão da postura judicial (GILMORE, 1978, p. 108-109).

Vale lembrar a assertiva de Baum sobre aquele momento histórico: "Mesmo hoje, cerca da metade das decisões da Corte refere-se a leis em vez de à Constituição e estas decisões sobre leis, frequentemente, têm componentes ativistas" (1987, p. 269).

Contudo, mesmo na Alemanha, onde o *Bundesverfassungsgericht*[4] se demonstra especialmente forte, a constitucionalização da interpretação legal é vista dentro de certos parâmetros, "pois constitucionalização exacerbada leva à suspensão de todo o direito privado, ao avanço de um ativismo judicial sem rédeas com o inexorável comprometimento dos princípios da separação de funções (*poderes*) estatais e democrático" (MARTINS, 2011, p. xxi).

É imperativo ter em mente, em qualquer experiência acerca da jurisdição constitucional, que não deve reinar interpretação que se furte à lógica ou se esconda dos limites razoáveis do texto, ainda que inserto em um mundo cultural.

Para Konrad Hesse, o direito não-escrito não deve entrar em contradição com a Constituição escrita, perfazendo "[...] limite insuperável da interpretação constitucional" (1998, p. 69). Mais do que isso, esse "[...] limite é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição". Vale ressaltar que onde "[...] o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição" (1998, p. 69-70).

4 Tribunal Constitucional Federal

Tais medidas, por si só, não têm o condão de garantir que as decisões jurisdicionais, em sede de controle de constitucionalidade, estarão sempre ancoradas na fundamentação racional das sentenças, até mesmo diante da existência de espaços altamente ambíguos ou dúbios. Mas quanto maior a possibilidade de controle externo – em qualquer dos Poderes –, menores as chances de que um Poder realize tentativas indiscretas de ultrapassar seus limites e usurpar a função alheia.

Por fim, ressalte-se que qualquer interpretação do texto constitucional guardará sempre na razoabilidade e na proporcionalidade os seus limites. Seja pela vertente meramente gramatical, seja até pelo *Espírito da Constituição*, não há espaço para ofensas ao projeto constitucional. Não soaria razoável, por exemplo, afirmar que o termo *caráter nacional* dos partidos políticos exigiria a verticalização das coligações partidárias, destoando completamente da lógica construtiva do texto original. Ou até mesmo a conclusão, motivada por motes de mutação constitucional, de que o artigo 52, X, da Constituição passaria a significar mera publicidade da decisão, usurpando a prerrogativa confiada ao Senado Federal, algo que não pode ser razoavelmente extraído do texto. Ainda, inúmeras decisões em que o silêncio constitucional possui efeitos distintos, ora para permitir, ora para proibir.

Percebe-se, assim, que mais do que o caráter de amplitude do texto constitucional, o que é natural na maioria dos Estados, importarão os liames que guiam as Cortes. A inafastabilidade do texto, a necessidade de motivação lógica e a razoabilidade interpretativa podem se oferecer como excelentes balizas, mas não serão suficientemente produtivas quando o Tribunal se colocar em uma superposição, eivando-se da responsabilidade de defender, exclusivamente, a Constituição.

5 Conclusão

A proteção do projeto constitucional, historicamente, atribuiu aos Tribunais o papel de interpretação das leis segundo a Constituição, seja no modelo norte-americano – criado como difuso, mas desenvolvido no âmbito da Suprema Corte –, seja no espectro europeu de Kelsen, de caráter concentrado, ou até mesmo conforme o desenho atribuído pelo direito brasileiro, a mesclar ambos modelos.

A atribuição a tais Cortes, em preferência a qualquer outra forma de controle, como pretendia Schmitt, confere aos Tribunais a prerrogativa de medir a eficácia das pretensões constitucionais, tarefa muito além da simples dedução lógica de positividade ou negatividade no confronto entre o direito infraconstitucional e a própria Constituição.

http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2018v20e121-1512

Soma-se a isso a característica comum das Constituições contemporâneas de garantir uma série extensa de direitos, a inércia ou falta de vontade política dos demais Poderes e o trato especial destinado ao Judiciário. Eis um conglomerado capaz de gerar certos riscos.

Os Tribunais Constitucionais de hoje apresentam-se com a missão permanente de apaziguar os ânimos decorrentes da discussão sobre a interpretação constitucional e, ao mesmo tempo, transformar, em alguns casos, a simples promessa em realidade material.

Claro que não era essa a preocupação do *judicial review*, não pelo menos quando de sua nascença em 1803, embora a Suprema Corte hoje seja vista com os mesmos olhos das Cortes Constitucionais modernas. Contudo, os Tribunais que ascenderam ou que foram reformulados no pós-Guerra, em Estados democráticos, inevitavelmente têm trilhado por este caminho. Logo, a jurisdição constitucional é uma realidade social-normativa com a função de interpretar e realizar a Constituição, protegendo-a das intempéries políticas e dos momentos de instabilidade jurídica.

Embora a jurisdição constitucional se apresente como necessária para a edificação cotidiana de um Estado democrático, não se pode olvidar, atualmente, dos riscos inerentes à interpretação judicial desenvolvida em face da Constituição, mormente quando falamos em ativismo.

De um lado, a corrente substancialista defende uma amplitude maior dos poderes jurisdicionais no momento da leitura constitucional, inclusive para conferir efetividade a direitos e invadir searas eminentemente políticas. De outro lado, a teoria procedimentalista arrefece os ânimos da Corte, atribuindo-lhe a função de cuidar dos meios legitimamente democráticos para a tomada de decisões políticas, e não para ela própria tomá-las.

É evidente que entre a interpretação e a criação ergue-se um caminho indefinido e impossível de ser limitado. Mas é preciso ter em mente que alguns parâmetros devem estar a guiar o trabalho da jurisdição constitucional, para que não se torne ela a representação da vontade de todas as funções estatais, fazendo-o sem balizas e à medida de sua vontade.

Há que se ter em conta, primeiramente, que a interpretação – o direito não-escrito – não pode guardar distância do próprio texto constitucional escrito, de forma a afirmar aquilo que não consta da literalidade do dispositivo. Em segundo lugar, qualquer interpretação somente pode ser fruto de uma construção lógica e motivada, sem a qual ganharia contornos arbitrários imediatos. Por fim, a hermenêutica constitucional, em qualquer de seus modelos, deve guardar conexão

com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de gerar conclusões que se afastam completamente do projeto constitucional.

É claro que, como dissemos, tais medidas não garantirão que a interpretação constitucional se mantenha dentro dos parâmetros jurisdicionais, até porque tais balizas muitas vezes são incertas. Mas constituir-se-ão parâmetros válidos a serem reforçados pelo julgador, de modo a evitar tanto as conclusões claramente usurpadoras de funções, quanto o desejo do resultado da decisão antes mesmo do desenvolvimento hermenêutico.

6 Referências

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Transformação do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARBOSA, Rui. **O Direito do Amazonas ao Acre Setentrional**. Rio de Janeiro: Typologia do Jornal do Commercio, 1910. v. I e II.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 1, p. 195-201, jan./jun. 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORGES DE OLIVEIRA, E. A. **Ativismo judicial e controle de constitucionalidade**: impactos e efeitos na evolução da democracia. Curitiba: Juruá, 2015.

_____. **Curso de Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CORWIN, Edward S. **A Constituição Norte-Americana e seu significado atual**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1959.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESTEVES, Maria da Assunção. Legitimação da justiça constitucional e princípio majoritário. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional** (Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993). Coimbra, 1995.

GILMORE, Grant. **As eras do direito americano**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

JOHNSON, Gerald W. **A Suprema Côrte dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Record, 1962.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A guarda da Constituição em Hans Kelsen. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 1, p. 203-209, jan./jun. 2013.

LORENZETTO, Bruno Meneses. O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o Guardião da Constituição. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 18., nov. 2009, São Paulo, SP. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

MARSHALL, John. **Decisões constitucionais de Marshall**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MARTINS, Leonardo. **Direito processual constitucional alemão**. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

O'BRIEN, David M. **Constitutional law and politics**. v. 2: Civil Rights and Civil Liberties. New York: W. W. Norton, 1991.

_____. **Storm Center**: The Supreme Court in American Politics. New York: W. W. Norton & Company, 1986.

SCHMITT, Carl. **Der Hüter der Verfassung**. 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

TAFT, William Howard. **Hearings before the House Committee on the Judiciary**. 67th Congress, 2d sess., 1922, 2.

TAYLOR, Hannis. **Jurisdiction and procedure of the Supreme Court of the United States**. Rochester: The Lawyer's Co-operative Publishing Conpany, 1905.

TRIBE, Laurence. **Constitucional choices**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional**: evolução histórica e modelos do controlo de constitucionalidade. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016.