

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO
JURÍDICO**

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

DANIEL OITAVEN PAMPONET MIGUEL

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA
Coordenadores: Lorena de Melo Freitas; Maria dos Remédios Fontes Silva; Daniel Oitaven Pamponet Miguel –
Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-639-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CRISE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: AS DECISÕES MANIPULATIVAS DO STF.

CONSTITUTIONALITY CONTROL'S CRISIS: THE MANIPULATIVE DECISIONS OF THE SUPREME COURT.

Camila Bastos Bacelar Costa ¹

Resumo

O presente texto irá abordar a criação judicial do Direito através das decisões manipulativas do STF, conceituando-as e fornecendo os seus principais elementos caracterizadores e classificações. Ademais, trata dos limites à interpretação constitucional, apontando as normas-princípios reitoras e buscando uma reflexão propedêutica do papel concentradamente entregue ao STF de guardião da Constituição. Investiga, ainda, se, no exercer de seu múnus, têm ocorrido exacerbações deste poder-dever. Tudo com o objetivo de, a partir da pesquisa bibliográfica efetuada, proporcionar maior aprofundamento do tema e reflexão ao leitor.

Palavras-chave: Decisões manipulativas, Separação de funções estatais, Limites, Controle de constitucionalidade, Crise

Abstract/Resumen/Résumé

The present text will deal with the judicial law creation through the Supreme Court's manipulative decisions, conceptualizing it and providing its main characterizing elements and classifications. Moreover, it deals with the limits to constitutional interpretation, pointing out the standards-principles that govern it and searching for a propaedeutic reflection of the role concentratedly given to the Supreme as guardian of the Constitution. Investigates, yet, if when exercising its munus it has occurred exacerbations of this power-duty. All with the objective to, as of the bibliographic research accomplished, provide further deepening of the theme and reflection to the reader.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Manipulative decisions, Separation of the state functions, Limits, Constitutionality control, Crisis

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o atual (e polêmico) tema relativo a criação judicial do direito pelo Supremo Tribunal Federal, em decisões manipulativas, também denominadas de manipuladoras ou normativas, espécies de decisões em que a Corte Constitucional não se limita a declarar a inconstitucionalidade de normas que são incompatíveis com a Constituição, mas tal qual um legislador positivo, modifica de maneira direta o ordenamento jurídico, fazendo a adição ou substituição de normas sob a justificativa de adequação constitucional.

Em que pese à metodologia empregada, é uma pesquisa exploratória, na classificação de Antonio Carlos Gil (2002, p. 41-45), com base em seu objetivo de proporcionar maior familiaridade com o tema, explicitando-o a partir de pesquisa bibliográfica e fundamentando o trabalho a partir dos principais livros e mais atuais artigos científicos que permeiam o assunto.

Sua relevância social e jurídica é incontestável, sendo imprescindível a sua ampla discussão na academia, com a caracterização e classificação pormenorizada do instituto e dos principais temas que lhe são correlatos e servem de fundamento e arcabouço teórico para sua compreensão.

Portanto, estudar-se-ão os principais princípios que devem ser levados em conta como limites quando se interpreta a constituição, a saber, a separação de funções estatais e os princípios de interpretação constitucional, imprescindíveis para que esta não se realize de maneira discricionária, com a criação do Direito para privilegiar interesses particulares e escusos.

A partir da delimitação desses critérios como limites, será objetivo deste trabalho, também, estudar e debater o atual papel do Supremo Tribunal Federal e os limites às suas atribuições constitucionais à luz da Constituição de 1988 e da instituição em seu texto do Estado Democrático de Direito, sobressaltando a necessidade de autocontenção como uma possível solução para inibir a proliferação de decisões que extrapolam a vontade da Constituição.

Vislumbra-se, por fim, que o artigo é primordial como ponto de arranque à reflexão do tema proposto, possuindo o escopo de suscitar o leitor a interagir e apreender o sentido global do texto, para que se posicione acerca do tema aqui abordado. Dessa maneira, o estudo traz em seu bojo, sobremaneira, a pretensão de cooperar para o despertar da cultura constitucional e defesa do Estado Democrático de Direito.

2 PRINCÍPIOS PERTINENTES

2.1 SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS

Ainda na Antiguidade, Aristóteles (1998), em sua obra intitulada “*A Política*”, lança o que seriam as bases teóricas para a “tripartição de funções estatais”, identificando o exercício de três funções estatais distintas que, à época, confundiam-se, por serem exercidas por um único órgão, qual seja, o poder soberano. Baseou-se em relatos anteriores, como “*A República*” de Platão, que já traziam a importância da divisão das funções do Estado.

Os três “poderes” essenciais seriam: o que delibera sobre os negócios do Estado, chamado de função deliberativa; o que compreende todos os poderes necessários à ação do Estado, a função executiva; e o que abrange os cargos de jurisdição, a função judicial.

Mais recentemente, John Locke lança a teoria original da separação das funções estatais do Estado, no contexto da “*Revolução Gloriosa*” de 1688, defendendo a liberdade política e repudiando o absolutismo real; mas é Montesquieu que inova ao propor que as funções mencionadas estariam umbilicalmente conectadas a três órgãos distintos e independentes, nos quais o poder não mais se concentraria unicamente na figura do soberano, agregando a presente teoria ao constitucionalismo, além de propor um mecanismo de “freios recíprocos”, visando o equilíbrio do sistema e dos próprios “poderes” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 549).

No entanto, este modelo concebido por Montesquieu de freios e contrapesos (*checks and balances*), em clara concepção mecanicista da função judicial, colocava o Judiciário como um “Poder” sem nenhuma função relevante, pois seu papel ainda estava atrelado ao Executivo. Dando novo rumo à teoria de Montesquieu, as ideias federalistas passam a atribuir um papel relevante ao Judiciário na limitação do próprio Estado e na interpretação da constituição.

O art. 2º da Constituição de 1988 consagra que são “Poderes” da União, independentes e harmônicos entre si: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Os “Poderes” (órgãos) atuam dentro de sua parcela de competência constitucionalmente estabelecida e assegurada, dada sua independência com relação aos demais, sendo, portanto, adequado afirmar que os órgãos exercem funções típicas, relacionadas à sua essência e atípicas, que partem do órgão, mas não são inerentes à sua essência. Assim, a nenhum “Poder” (órgão) é possível que transfira suas funções (típicas ou atípicas expressamente previstas), em virtude do princípio da indelegabilidade de atribuições.

Importante referenciar que, na melhor doutrina constitucional, o termo divisão de poderes é reputado como impreciso, pois o poder, enquanto manifestação objetiva de força da sociedade estatal, é uno e indivisível. Assim sendo, é técnico e mais abalizado referir à tripartição das funções do Estado e não à divisão de "poderes".¹

É certo que, no Brasil, o modelo de interferências recíprocas (*checks and balances*) descortina-se, por exemplo, pelo poder que possuem os órgãos do Judiciário de controlar a constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos do poder público. No entanto, cumpre explicar que “o que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder político não é a exclusividade no exercício das funções que lhe são atribuídas, mas, sim, a *predominância* no seu desempenho”, possibilitando o funcionamento harmônico e a colaboração recíproca entre as funções estatais, objetivando o equilíbrio político, a limitação do poder e, conseqüentemente, a proteção da liberdade e a melhor realização do bem comum (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 554-556).

Com efeito, os “Poderes” Legislativo e Executivo são exercidos por representantes populares, aos quais é dada a tarefa de governar conforme a vontade do povo. Já o Judiciário² não é composto por representantes pelo povo eleitos, posto que seus membros são aprovados mediante concurso público de provas e títulos, o que se faz imprescindível para que se garanta o nível de conhecimento técnico necessário. Afinal, possui a função precípua de julgar controvérsias acerca da observância (ou não) das normas, promovendo a paz social, o que justifica a exigida qualificação de seus membros.

Modernamente, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco (2009, p. 257) fazem as seguintes considerações sobre o instituto aqui estudado, erigido à categoria de cláusula pétrea pela Constituição de 1988 (art. 60, §4º, III):

o desenho da separação de Poderes como concebido pelo constituinte originário é importante. A emenda que suprima a independência de um dos Poderes ou que lhe estorve a autonomia é imprópria. Essa cláusula pétrea revela como problemática uma proposta de emenda à Constituição que pretenda instaurar o parlamentarismo. Uma tal emenda estaria, ainda, em linha colidente com a decisão direta do poder constituinte originário, tomada no plebiscito ocorrido por força do disposto no art. 2º do ADCT.

¹ Para uma maior perquirição do tema, cf.: SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

² Referimo-nos, aqui, aos juízos de piso.

Relacionando o princípio em tela com a temática de limitação ao poder do Estado, José Afonso da Silva (2017, p. 113) faz importantes considerações, que merecem ser aqui reproduzidas:

[...] os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro.

Nesta toada, o Estado que impõe a separação das funções estatais evita o despotismo e assume feições liberais, significando a tese da existência denexo causal entre a divisão das funções estatais e a liberdade individual e perseguindo esse objetivo de duas maneiras: “primeiro, impondo a colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões; segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos freios e contrapesos” (DIMOULIS, 2008, p. 145-146).

2.2 PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Antes de adentrarmos a discussão escopo deste estudo, analisaremos, nesse momento do texto, os princípios pertinentes à matéria. Desde já, salientamos que não há a pretensão de esgotar a matéria, senão de trazer de maneira didática o introito reflexivo, bem como o elenco principiológico que alicerça o estudo aqui desempenhado.

O catálogo dos princípios de interpretação constitucional desenvolve-se a partir do método hermenêutico-concretizante, construído pela doutrina e pela práxis jurídica, tornando-se um ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional.³

³ Assim é que, para Gomes Canotilho (2003, p. 1223), “a elaboração (indutiva) de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e *praxis* jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa: (1) relevantes para a decisão (= resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídico-funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a constituição) e princípios jurídico-materiais (ex.: princípio da unidade da constituição, princípio da efetividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da base de compromisso cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade)”.

Sem maiores delongas, impende acrescentar que os princípios de interpretação constitucional são valores normativos⁴, uma vez que, “ao serem referidos como ‘princípios de interpretação’ pela doutrina, terão validade na razão direta da conexão axiológica que possuírem com o sistema constitucional”, consistindo em indispensáveis vetores interpretativos (SILVA NETO, 2013, p. 167-168).

O primeiro princípio a ser aqui lembrado é o da unidade. O realce deste princípio é fundamental para que se interprete a norma constitucional como parte de um todo coerente e unitário como é a Constituição, não podendo ser interpretada isoladamente, destacada do sistema jurídico. É o que entende Eros Grau (1997, p. 176-177), ao pontuar que a Constituição não se interpreta em tiras, aos pedaços.

Já Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 227), em decorrência do princípio em lume, realça a inexistência de hierarquia normativa ou formal entre normas constitucionais, por decorrerem da mesma fonte e fundamento de validade (poder constituinte originário).

Importante trazer à baila, em seguida, o princípio da concordância prática ou cedência recíproca. Intimamente ligado ao princípio da unidade da constituição, o princípio da concordância prática consiste numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, ao se deparar com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que, ao mesmo tempo, otimize a realização de todos eles, mas não acarrete a negação de nenhum, privilegiando a harmonização (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 136).

Também originário do princípio da unidade, o princípio do efeito integrador de Canotilho ou da eficácia integradora como prefere Hesse, orienta o aplicador da constituição para que, ao construir soluções para os problemas jurídico-constitucionais, procure dar preferência àqueles critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração social e a unidade política, uma vez que além de criar uma certa ordem política, toda constituição necessita produzir e manter a coesão sociopolítica, enquanto pré-requisito ou condição de viabilidade de qualquer sistema jurídico (HESSE, 1983, p. 9).

Gomes Canotilho (2003, p. 1224) arremata o tema ao afirmar que

o princípio do efeito integrador, como tópico argumentativo, não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade — conducente a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos

⁴ O princípio da interpretação conforme a Constituição é norma jurídica do tipo norma-princípio, conforme será delineado em momento apropriado.

políticos —, antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras.

Não se pode olvidar, por óbvio, que a Lei Fundamental se mostra submissa a outros valores, reputados superiores — como a dignidade humana, a democracia e o pluralismo, por exemplo —, que precedem a sua elaboração, nela se incorporam e, afinal, seguem dirigindo a sua realização (HESSE, 1983, p. 5 e 50).

Nesse diapasão, para Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p. 171) o princípio da correção funcional, também denominado por Gomes Canotilho de princípio da conformidade funcional, determina a obrigatória observância da arrumação de competências dos órgãos do Estado como concebida pelo poder constituinte originário, de maneira que o intérprete da Constituição não altere o mencionado rol ao consumir o procedimento interpretativo, respeitando, justamente, a forma como o constituinte originário realizou a divisão das atribuições desse órgão do Estado.

Gomes Canotilho (2003, p. 1224-1225) reforça que é “um princípio importante a observar pelo Tribunal Constitucional, nas suas relações com o legislador e governo, e pelos órgãos constitucionais nas relações verticais do poder (Estado/regiões, Estado/autarquias locais)”.

Em continuidade, como uma das balizas mais relevantes para o presente trabalho, introduz-se o estudo do princípio da interpretação conforme a constituição.

Manoel Jorge e Silva Neto (2013, p. 172) conceitua o referido princípio como “o postulado que impõe a escolha da decisão judicial que torne compatível à constituição a norma ou ato normativo impugnado, desprezando-se as demais que concluem pela inconstitucionalidade”.

Este princípio de interpretação constitucional possui a característica de ser norma jurídica, posto que positivado na Lei 9.868/99, em seu art. 28, parágrafo único. Explica o retromencionado autor que o princípio da interpretação conforme a Constituição não se separa do da correção funcional, pois desenvolve uma tese de ação do Judiciário, no contexto da fiscalização abstrata de constitucionalidade, acatando ao sistema criado pelo Legislativo, ao passo que extirpar um artigo, alínea ou até anular uma lei inteiramente, modificaria a ideia imperante na Casa Legislativa quando da edição do texto, configurando, portanto, princípio cuja aplicabilidade no controle exercido pelo magistrado conduz a relacionamento harmônico e maduro entre as funções estatais.

Com efeito, é instrumento situado no âmbito do controle de constitucionalidade e não apenas uma simples regra de interpretação, consubstanciando essencialmente uma diretriz de

prudência política ou de política constitucional (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 141).

Rui Medeiros (1999, p. 290) assevera, ainda, que

modernamente, o princípio da interpretação conforme passou a consubstanciar, também, um mandato de otimização do querer constitucional, ao não significar apenas que entre distintas interpretações de uma mesma norma há de se optar por aquela que a torne compatível com a Constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se orienta para a Constituição ou a que melhor corresponde às decisões do constituinte.

Desta feita, em decisões mais recentes, sob a justificativa de pretensão de otimizar a constituição, as cortes constitucionais têm proferido decisões com nítido caráter legislativo, a exemplo das aqui estudadas decisões manipulativas, o que divide opiniões e é alvo de severas críticas.

Não menos importante para o contexto é, ainda, o princípio da máxima efetividade da constituição, também chamado de princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, o qual é o instituto “por meio do qual deve ser adotada a solução que mais eficácia atribua à norma constitucional”.

Representa, ainda, “a escolha da solução que conferir mais operatividade ao dispositivo constitucional, isso quando o intérprete está em dúvida a respeito de adotar o caminho da plena aplicabilidade ou da limitada eficácia da norma” (SILVA NETO, 2013, p. 176). Com efeito, potencializa e está diretamente relacionado com o princípio da força normativa.

Também não se pode deixar de mencionar o princípio da força normativa da constituição, idealizado por Konrad Hesse, segundo o qual o intérprete deve extrair da norma sua máxima aplicabilidade. De acordo ainda com Gomes Canotilho (2003, p. 1226),

na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a “atualização” normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

Dispõe, para tanto, que toda norma constitucional possui um mínimo de eficácia de que depende a sua aplicação, sob pena de perder ou sequer adquirir a vigência, o que lhe aproxima, neste sentido, do princípio da máxima efetividade.

Por fim, mas sem o intuito de esgotar os vetores normativos a serem utilizados para alicerçar as decisões judiciais de interpretação constitucional, em especial as que se propõem a criar judicialmente direitos, elencamos o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. Manoel Jorge (2013, p. 176) conceitua-o como sendo aquele “que impõe soluções legislativa e judicial menos restritivas possíveis a direitos fundamentais, além de condicionar edição de leis a serem suportadas proporcionalmente pela coletividade”.

Com efeito, o princípio destaca-se como parâmetro indispensável na situação de colisão entre valores constitucionalizados, quando será necessário o preenchimento de três elementos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, de acordo com Humberto Ávila (2008, p. 162-163), quando da sua aplicação, devem ser analisadas as possibilidades e escolhida a medida que for a menos restritiva dentre aquelas que poderiam ser utilizadas para atingir a finalidade (elemento NECESSIDADE); que levar à realização da finalidade (elemento ADEQUAÇÃO); e em que a finalidade pública seja valorosa para justificar a restrição (elemento PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO). Vejamos, a respeito do tema, a importante lição doutrinária a seguir:

[...] no âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 143).

Cumprido apontar, ainda, que o âmbito de incidência dos princípios aqui sobrelevados amplia-se e regenera-se a cada situação resolvida, que serve de precedente para o enfrentamento de novos desafios propostos, alimentando o sistema e atualizando-o em conformidade com o contexto histórico, anseios sociais, além de fatores econômicos e políticos, fazendo jus à moderna distinção entre texto e norma, eis que, na lição de Gomes Canotilho, o recurso ao texto para se averiguar o conteúdo semântico da norma constitucional não significa a identificação entre texto e norma. O mesmo pode ser identificado quanto a termos linguísticos, posto que o texto da norma é o sinal linguístico e a norma é o que se revela ou designa (CANOTILHO, 2003, p. 1218).

Assim, em face de casos difíceis, ou *hard cases*, sua aplicação, bem como dos demais princípios de interpretação, é imperiosa, posto que, em sua maioria, não há ainda solução normativa anterior para o caso em lide, servindo de baldrame na resolução do caso concreto e para as decisões dele decorrentes, sobremaneira na interpretação constitucional que resulte em

criação judicial do direito, para que não se proliferem decisões manipulativas de caráter político ou que deturpem o real sentido de vontade da Constituição.

3 O PAPEL DO STF E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Considerado um dos fundamentos da República, o princípio do Estado Democrático de Direito está positivado no art. 1º *caput* da Constituição de 1988, além de figurar logo no preâmbulo, momento em que o constituinte originário deixa claro sua intenção por instituí-lo.

Imperioso destacar as seguintes considerações no que tange ao instituto:

entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 171).

Desta feita, o Estado Democrático de Direito não apenas cria os mencionados direitos, mas fornece os mecanismos e remédios constitucionais que asseguram a sua efetividade e concretização, bem como assegura a separação das funções estatais, para que a busca pela efetividade dos direitos, em especial os fundamentais, não sirva de justificativa para que um “Poder” invada a esfera de competência do outro.

Com a promulgação da Constituição de 1988 e o desabrolhar de uma nova ordem democrática, o Supremo Tribunal Federal, ao qual cabe o exercício da jurisdição constitucional, teve o rol de suas competências ampliado, conforme institucional do próprio órgão em seu sítio eletrônico, que destaca que o STF “é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição da República” (STF, 2017).

Outrossim, o Supremo se fortaleceu, assumindo papel de destaque no sistema de freios e contrapesos, atuando de forma decisiva na solução de conflitos entre as funções estatais e no interior deles, bem como na concretização dos direitos e garantias fundamentais, a partir das novas competências relacionadas ao controle de constitucionalidade e à guarda da Constituição, conforme esboçado acima, em posição contramajoritária, ao atuar na proteção das minorias

contra imposições discriminatórias e desarrazoadas das maiorias, o que sedimentou sua essencialidade ao Estado Democrático de Direito.

Além disso, o STF assume verdadeira função de atualização do texto normativo, no exercício daquilo que vem a ser chamado pela doutrina de Georges Burdeau, e, no Brasil, por Luís Roberto Barroso (2011, p. 128), de Poder Constituinte Difuso ou, tão-somente, Poder Difuso (haja vista a aparente contradição *in* termos da primeira expressão⁵), poder este que é a razão de ser das decisões manipulativas, quando inovações interpretativas são aplicadas dando novo significado aos dispositivos da Constituição, sem que haja recíproca alteração na literalidade de seus textos, os quais se conservam inalterados.

Nota-se, nesse contexto, uma prática cotidiana do poder constituinte difuso que, conquanto não permaneça augurado pelos mecanismos formais constitucionais ou pelas forças fáticas das revoluções, nem por isso é menos fidedigno. Portanto, a ciência jurídica deve referir a vivência desse poder, o qual não é consagrado em nenhum procedimento formal de alteração constitucional, mas sem o qual a constituição escrita não se atualizaria e informaria a sociedade hodierna (BARROSO, 2011, p. 128).

Essa importante empreitada de atualização das normas constitucionais é própria do momento neoconstitucional, o qual tem sua base fincada no Estado Democrático de Direito, no surgimento de novas técnicas hermenêuticas de interpretação constitucional, no pós-positivismo e na reaproximação entre Direito e moral.

Assume, assim, o Direito, a constituição de um organismo vivo, deixando de ser estanque, como outrora, e passando a ter uma feição dinâmica e mutável. Nas palavras de Eros Grau (2005 p. 49):

o direito é um organismo vivo, peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa a sua força, o seu fascínio, a sua beleza. É do presente, na vida real, que se tomam as forças que lhe conferem a vida. E a realidade social é o presente; o presente é a vida – e vida é movimento. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.

⁵ Atentamos para o fato de que não comungamos da ideia de que haja uma contradição entre os termos, pois entendemos que o ato de constituir uma Constituição não se esgota no momento de sua promulgação, muito pelo contrário, aperfeiçoa-se e transforma-se em um processo infinito e constante, processo este definido pelos indivíduos que compõem o Estado. É, assim, o Estado, um processo. No mesmo sentido: SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

No entanto, por outro lado, esse modelo da Constituição de 1988 fez surgir, também, o fenômeno nomeado pela doutrina como “Supremocracia”, que seria: a autoridade que o STF assume em relação às instâncias inferiores, o que no Brasil equivaleria ao papel de intérprete final da Constituição; e o deslocamento do STF para o centro do arranjo político, observando-se uma inegável expansão de sua autoridade em detrimento das demais funções estatais (VIEIRA, 2008, p. 444-445).

É certo que existe no Brasil hoje uma crise de representatividade, na qual os órgãos responsáveis pela criação e execução de normas estão desacreditados. No entanto, importante ressaltar que a necessidade de reforma política no país não pode abrir precedentes para que o Judiciário o faça⁶.

Não obstante esse protagonismo do STF ter possibilitado conquistas na seara dos direitos fundamentais, logrando avanços e posições consolidadas em se tratando de dignidade da pessoa humana, por exemplo, há um inequívoco descontentamento social com um segmento de decisões em que o órgão questionavelmente usurpa competência legislativa, ocupando papel que não deve no jogo político, ao usurpar atribuições que não lhe competem na clássica divisão tríade das funções estatais.

Sendo assim, a criação do Direito na prática diária dos tribunais, em especial pelo STF em decisões manipulativas, no âmbito do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, faz surgir questionamentos acerca de sua possibilidade e limites, pois percebe-se que o Supremo estaria, em assim agindo, extrapolando suas atribuições constitucionais. É o que se passa a analisar no tópico a seguir.

4 LIMITES À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Diante das indagações acima, defende-se a necessidade de limitar a atuação do intérprete, problema pertinente a todos os domínios da comunicação humana. Essa necessidade,

⁶ Na opinião de Cappelletti, não seria vista qualquer degeneração do procedimento legislativo ou administrativo se seus membros estivessem profundamente envolvidos e verdadeiramente interessados como partes, nas matérias de sua regulação, por representarem e defenderem pessoas ou grupos, não privilegiando os interesses de pessoas e grupos contrapostos, dando, enfim, início aos seus procedimentos sem atender ao pedido do sujeito ou grupo interessado. O que é certo é que existe nos países ocidentais a tendência, mais acentuada nos últimos anos, da “jurisdicionalização” dos processos legislativo e administrativo. Mais sobre o assunto em: CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* (Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993 (reimpressão, 1999), p. 76-77.

obviamente, é pautada nos princípios aqui esboçados – como é o caso da interpretação conforme à constituição –, para que não se torne na prática um mero arbítrio do julgador, ensejadora de conveniências e defensora de interesses particulares escusos, de caráter econômico ou de política criminal, por exemplo.

É natural que todo texto, num primeiro momento, terá mais de uma possibilidade de interpretação. No entanto, certamente existem diretivas que permitem valorar essas interpretações, afastando as que se revelarem incompatíveis com a dinâmica constitucional.

Cappelletti pontua que a criatividade é inerente à função jurisdicional, justificada por características e exigências fundamentais de nossa época, a saber econômicas, políticas, constitucionais e sociais. Nesse contexto, os juízes são chamados a interpretar, ou seja, esclarecer, integrar, transformar e, também, criar o Direito. No entanto, isso não quer dizer que sejam legisladores, pois o modo, o procedimento ou estrutura do Judiciário, na criação do Direito, é diverso do utilizado pelo Legislativo, a exemplo dos próprios limites à liberdade judicial, sejam substanciais⁷ ou processuais⁸, a que estão submetidos os juízes no processo judicial (CAPPELLETTI, 1999, p. 74).

A legitimidade democrática da criação judicial do Direito reside, inequivocamente, na consistência das decisões do Poder Judiciário, que devem ser fundamentadas e tornadas públicas, a fim de que se possa assegurar à sociedade que essas decisões não resultam de caprichos e predileções subjetivas dos juízes, mas, ao contrário, de seus esforços em se manterem fiéis ao sentimento de equidade e justiça da comunidade (CAPPELLETTI, 1999, p. 98).

Desta feita, surge a necessidade de estabelecimento de critérios e parâmetros objetivos de interpretação e limitação, privilegiando a certeza e segurança jurídica, em virtude da atual realidade de criação judicial do Direito. Somado a isso, ainda, é certo que a exposição midiática e a insatisfação social gerada face à proliferação de decisões manipulativas pelo STF, em nítida extrapolção de suas atribuições constitucionais, podem, paulatinamente, mitigar o prestígio, a confiabilidade e a aceitabilidade geral que inspiram o órgão.

⁷ Variantes no tempo e em cada sociedade, são exemplos trazidos pelo próprio autor: precedentes judiciais, opiniões de juriconsultos, ordenanças de monarcas, decisões de assembleias, leis de parlamentos, códigos, etc.

⁸ São as “virtudes passivas” ou “limites processuais”, que são as características essenciais, os limites fundamentais e a força que diferenciam de maneira percuciente o processo jurisdicional dos de natureza política. Ex: *nemo iudex in causa propria* (princípio da imparcialidade judicial), *nemo iudex sine actore* (inércia), *ubi non est actio, ibi non est iurisdictio* (virtude passiva da jurisdição) e *audiatur et altera pars* (contraditório), entre outras.

Muito utilizada, nesse sentido, tem sido a técnica de decisão que utiliza a supremacia da constituição e a interpretação conforme à constituição como limites à interpretação, advindos da expressão literal da lei e da “vontade do legislador”. No entanto, ambos nem sempre são facilmente identificáveis, o que pode os tornar, em certas ocasiões, instrumentos de um discurso legitimador, além de verdadeiros escudos que não deixam transparecer o caráter inconstitucional de muitas decisões.

A atual conjuntura parece afastar, por completo,

[...] a concepção kelseniana de legislador negativo, tantas têm sido as decisões das Cortes Constitucionais – e.g. as diversas espécies de sentenças normativas – por via das quais, a pretexto de otimizar e/ou realizar a Constituição, esses supertribunais assumem nítida postura legislativa, criando normas de caráter geral e vinculante, como atestam a jurisprudência nacional e a estrangeira, esta em maior expressão (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 145-146).

Riccardo Guastini (2000, p. 47-49), ao estudar a criação judicial do direito no âmbito da corte constitucional, classifica as espécies de interpretação conforme ou de adequação das leis à constituição em: decisões interpretativas em sentido estrito, subdivididas em sentenças interpretativas de rechaço⁹ e sentenças interpretativas de aceitação¹⁰; e decisões manipuladoras, também chamadas de manipulativas ou normativas, subdivididas em sentenças aditivas e sentenças substitutivas.

Como objeto do presente estudo, destacamos a pertinência da segunda categoria, qual seja, das decisões manipulativas e suas espécies, as quais estudaremos em seguida.

5 DECISÕES MANIPULATIVAS E CRISE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme esboçado, as decisões manipulativas, também denominadas de manipuladoras ou normativas, têm sua origem na doutrina e jurisprudência italianas, à frente Riccardo Guastini (2000, p. 222). Para o autor, manipulativa seria, portanto, a decisão por meio da qual o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas à sua

⁹ São aquelas em que, em face de um dispositivo legal que admite duas interpretações, a Corte Constitucional adotará a conforme e rechaçará a que for contrária à Constituição, declarando infundada a questão de inconstitucionalidade e mantendo o enunciado válido.

¹⁰ Decorrem de julgados das instâncias ordinárias que adotaram interpretações ofensivas à Constituição, quando existente possibilidade de interpretação conforme a Lei Maior. Assim, o preceito continua válido, mas a norma extraída da sua interpretação inconstitucional é anulada em caráter definitivo e com eficácia *erga omnes*.

apreciação, para que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, sempre concordante com a Constituição.

As referidas decisões têm efeitos imediatos¹¹ e informa a doutrina a seguir que

[...] assim se consideram as sentenças de aceitação em que a Corte Constitucional não se limita a declarar a inconstitucionalidade das normas que lhe são submetidas, mas, agindo como legislador positivo, modifica (= manipula) diretamente o ordenamento jurídico, adicionando-lhe ou substituindo-lhe normas, a pretexto ou com o propósito de adequá-lo à Constituição. Daí a existência das chamadas sentenças aditivas e substitutivas, como subespécies das decisões normativas ou manipuladoras (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 147).

Quanto às sentenças aditivas¹², também denominadas de sentenças manipulativas de efeito aditivo, podem ser conceituadas como “aquelas em que a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma disposição, na parte em que não expressa determinada norma, que deveria conter para ser compatível com a constituição” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 147).

Para ilustrar esse tipo de sentença, imaginemos uma não observação do princípio da isonomia, quando, por exemplo, a lei concede algum benefício ou tratamento diferenciado a determinadas pessoas, preterindo outras que, no entanto, enquadram-se na mesma situação fática. Nesses casos, o tribunal constitucional declara inconstitucional a norma na parte em que não confere o tratamento isonômico ao grupo excluído.

Daí é que, na ideia original de Riccardo Guastini, em casos tais, a Corte não declara a inconstitucionalidade do texto (norma) que restringe o universo dos seus beneficiários, o que acarretaria no cancelamento do benefício sem concedê-lo aos demais, mas a inconstitucionalidade de outra norma, implícita, que nega o mesmo direito a indivíduos merecedores de igual tratamento. Assim, anulando uma norma que nega determinado direito, concede-se, logicamente, o direito por ela negado. É o fenômeno denominado por Gomes Canotilho (2003, p. 1019) de declaração de inconstitucionalidade com efeito acumulativo (aditivo).

¹¹ Operam efeitos *erga omnes* e são vinculativas.

¹² Esta espécie de sentença manipulativa pode ser exemplificada nos seguintes julgados do STF: ADPF 54 (antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, acrescentando uma excludente de punibilidade ao crime de aborto); ADIs 1.105 e 1.127 (Estatuto da Advocacia); ADIs 2.332, 2.084, 1.797, 2.087, 1.668, 1.344, 1.105, 1.127; ADIs 4.357 e 4.425 (modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade); ADPF 347.

No que tange às sentenças substitutivas¹³, é cediço que

[...] assim se consideram aquelas decisões em que a Corte declara a inconstitucionalidade de um preceito na parte em que expressa certa norma em lugar de outra, substancialmente distinta, que dele deveria constar para que fosse compatível com a Constituição. Atuando dessa forma, a Corte não apenas anula a norma impugnada, como também a substitui por outra, essencialmente diferente, criada pelo próprio tribunal, o que implica a produção heterônoma de atos legislativos ou de um direito judicial, como o denomina Prieto Sanchís, para quem tais normas já nascem enfermas porque desprovidas de fundamento democrático. Apesar dessa ressalva, esse mesmo jurista pondera que, embora os juízes não ostentem uma legitimidade de origem, de que desfruta o Parlamento por força de eleições periódicas, é de se reconhecer à magistratura uma legitimidade de exercício, de resto passível de controle pela crítica do seu comportamento (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 148).

É crescente a prolação de decisões manipulativas não só na Itália e Brasil, mas em países como Portugal e Espanha também, respeitada a singularidade de cada sistema de jurisdição constitucional.

Augusto Martín de La Veja (2003, p. 229-230), explica ser possível compreender a proliferação das decisões manipulativas de efeitos aditivos, levando-se em conta os seguintes fatores: a existência de uma carta Política de perfil marcadamente programático e destinada a progressivo desenvolvimento; a permanência de um ordenamento jurídico-positivo com marcados resquícios autoritários; a ineficácia do Legislativo para responder, em tempo adequado, às exigências de atuação da constituição e à conformação do ordenamento preexistente ao novo regime constitucional.

No Brasil, a técnica de decisão tem sido utilizada sobremaneira para reinterpretção e tutela de direitos subjetivos e, em se tratando de controle de constitucionalidade, de maneira singular, o STF alcançou resultado aditivo, inovando o ordenamento jurídico, por meio das ações do sistema concentrado de controle; das ações diretas decididas com uso de interpretação conforme com efeitos aditivos; e através dos remédios constitucionais individuais, como o mandado de injunção (MENDES; COELHO; BRANCO, 2015, 1296).

Os autores, ainda, diante dessa conjuntura, advertem que estamos caminhando para uma onipotência judicial ou, ainda, para um novo governo dos juízes, em que as grandes decisões políticas vão se deslocando do âmbito do Legislativo e do Executivo para o do Poder

¹³ Como exemplo de sentença manipulativa substitutiva podemos citar a liminar concedida na ADI 2332/DF (Rel. Min. Moreira Alves, j. 05.09.2001, Plenário, DJ de 02.04.2004).

Judiciário, tudo agravado ainda mais pelos fatores ausência de cultura constitucional e constitucionalismo brasileiro tardio¹⁴, pois o STF trai a própria missão que lhe foi dada pelo constituinte sem, em contrapartida, receber a devida reprimenda social.

Essa nova tendência, denominada de novo constitucionalismo é identificada pelas seguintes notas características: mais Constituição do que leis; mais juízes do que legisladores; mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; e mais concretização do que interpretação. Assim,

[...] vistos em conjunto, e sem necessidade de maiores reflexões, pode-se dizer que esses traços distintivos configuram e sintetizam uma verdadeira mudança de paradigmas ou, se preferirmos, uma autêntica subversão dos esquemas de pensamento do constitucionalismo tradicional, tal como ele surgiu e se desenvolveu, desde o final do século XVIII, até praticamente todo o século XX (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 149).

Outra influência marcante no STF, diante da lacuna constitucional¹⁵ e do desacordo moral razoável¹⁶, é o pensamento de Peter Häberle. O denominado “pensamento jurídico do possível”, utilizado como pressuposto e expressão de uma interpretação constitucional aberta (técnica concretista de constituição aberta), tem sido adotado pelo STF, como exemplo da ADI 1.289, à qual remetemos o leitor mais curioso.¹⁷

O pensamento de possibilidades como pressuposto e expressão de uma interpretação constitucional aberta tem sido adotado pelo Supremo Tribunal Federal na solução de questões constitucionais diversas. No entanto, longe de ser uma teoria legitimadora da criação judicial arbitrária do direito, diz, ao contrário, que o juiz constitucional não interpretará sozinho a Constituição, mas o fará em correspondência com os demais intérpretes da sociedade aberta¹⁸,

¹⁴ Remetemos aqui o leitor para aprofundamento acerca dos aspectos explicativos, concausas históricas, políticas e jurídicas, bem como efeitos jurídicos do constitucionalismo brasileiro tardio, expressão e obra de mesmo título, de Manoel Jorge e Silva Neto (2016): O Constitucionalismo Brasileiro Tardio.

¹⁵ Ocorre quando a Carta não dispõe sobre hipótese excepcional.

¹⁶ Ausência de consenso sobre uma questão polêmica, cujos argumentos antagônicos são originados de uma conclusão racional.

¹⁷ Para Peter Häberle (1980, p. 3), “o pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (*fragendes Denken*). Na *res publica* existe um *ethos* jurídico específico do pensamento em alternativa, que contempla a realidade e a necessidade, sem se deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para ‘novas’ realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor”.

¹⁸ Democratização da interpretação constitucional, pautada em uma sociedade pluralista, em que os intérpretes jurídicos convivem com os demais intérpretes, como órgãos estatais, cidadãos e grupos, potências públicas, em consonância com o sistema e a opinião públicas.

que, através de expedientes institucionalizados, podem interferir e participar ativamente no processo constitucional.¹⁹

Daniel Sarmento (2006, p. 200) sustenta que “no Estado Democrático de Direito, não só os princípios, mas também as regras devem ser ‘levadas a sério’, evitando-se a ‘anarquia metodológica’ e a ‘carnavalização’ da Constituição”. Com efeito, a atual conjuntura de criação judicial do Direito, muitas vezes irresponsável e não pautada nos princípios de interpretação e demais técnicas aqui esboçadas, aponta para uma futura e não longínqua crise²⁰ do sistema, diante dos riscos de uma ditadura do Poder Judiciário.

O cuidadoso estudo dos princípios, além de aqui defendidos como sendo verdadeiros baldrames a serem respeitados e aplicados pelo intérprete constitucional, possui outra função nesse estudo: um alerta. Alerta ao que Lênio Streck (2010, p. 158-173) denomina de “pan-principiologismo”, que é a exacerbação dos (pseudo)princípios, a criação e aplicação de princípios de acordo com a vontade do julgador, de modo arbitrário, seguindo orientações pessoais do intérprete, em clara violação à Constituição, levando a julgamentos discricionários e sem fundamentação.

Por conseguinte, diante da colisão entre princípios e regras, é imperioso que o intérprete solucione o caso com base nos verdadeiros princípios, utilizando-se, ainda, dos postulados normativos inespecíficos, como ponderação, concordância prática e proibição de excesso, bem como dos específicos, como igualdade, razoabilidade e proporcionalidade.

Portanto, diante de todo o exposto, concordamos com Oscar Vieira (2008, p. 445) quando propõe uma autocontenção da atuação do STF, passando a julgar de modo mais qualitativo os *hard cases* inseridos na Constituição, o que acarretaria no seu fortalecimento e, por conseguinte, no fortalecimento das demais instâncias, evitando, dessa feita, o paulatino desprestígio do Judiciário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹⁹ Conclui, nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior (2012, p. 238), ao referir que “a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Häberle exige uma mudança na metodologia jurídica tradicional para propor que no processo de interpretação constitucional sejam inseridos todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, tendo em vista que todos estão envolvidos na interpretação e realização da Constituição”.

²⁰ Adotamos neste estudo o conceito de crise de Antonio Gramsci (1971, p. 275-276), a saber: “a crise consiste precisamente no fato de que o velho está morrendo e o novo ainda não pode nascer. Nesse interregno, uma grande variedade de sintomas mórbidos aparecem” (tradução livre).

Podemos destacar que o advento da Constituição Federal de 1988 e a expansão do rol de competências do STF, apesar de promoverem incontestemente concretização dos direitos e garantias fundamentais, bem como a atuação decisiva do Supremo na solução de conflitos entre as funções estatais e no interior destas, acabaram por dar azo ao fenômeno da “Supremocracia”, deslocando o STF para o centro do arranjo político e expandindo sua autoridade em face das demais funções estatais.

Nesse ínterim, observa-se verdadeira asoberbação de competências pelo STF, com a criação do Direito na ordem do dia do Tribunal, em decisões manipulativas no âmbito do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, atuando como verdadeiro legislador constituinte, fazendo surgir questionamentos acerca de sua possibilidade e limites, pois estaria, em assim agindo, extrapolando suas atribuições constitucionais.

Desta feita, surge a necessidade de estabelecimento de critérios e parâmetros objetivos de interpretação e limitação, privilegiando a certeza e a segurança jurídica, em virtude da atual realidade de criação judicial do Direito, para que não se torne a prática um mero arbítrio do intérprete, ensejadora de conveniências e defensora de interesses particulares escusos. É certo que se admite certo grau de discricionariedade em suas decisões, devendo-se respeitar sempre, no entanto, os limites de sua competência estabelecidos pelo legislador.

Ademais, é certo que a exposição midiática e a insatisfação social gerada face à proliferação de decisões manipulativas pelo STF, em nítida extrapolação de suas atribuições constitucionais, podem, paulatinamente, mitigar o prestígio, a confiabilidade e a aceitabilidade geral que inspiram o órgão. Eleva-se, portanto, a necessidade de autocontenção da Corte Suprema como uma possível solução para inibir a proliferação das referidas decisões, que extrapolam a vontade da Constituição.

Assim sendo, a atuação do Supremo Tribunal Federal deve ser cautelosa, técnica e imparcial, cumprindo seu papel designado na Constituição para aplicá-la e garantir a efetivação dos direitos e garantias fundamentais em última instância, não sendo a omissão do legislador pretexto para a proliferação da criação judicial discricionária da norma jurídica, pondo em cheque o Estado Democrático de Direito e o princípio da separação das funções estatais.

Afastar-se á, por conseguinte, a crise que se descortina na prática diária do STF, tendo em vista a ativa e descontrolada produção do Direito nas decisões manipulativas: o que deveria ser exceção, aparece como regra. Advém, nessa esteira, descredibilidade ao

ordenamento jurídico e ao próprio STF, além de gerar insegurança jurídica, conflitos sociais e o retardamento do desenvolvimento da cultura constitucional no país.

Este estudo não tem o escopo de esgotar a matéria ou de ditar os limites à atuação do Supremo Tribunal Federal quando, por exemplo, extrapola suas atribuições constitucionais em decisões manipulativas. Ao contrário, serve de ponto de partida para a reflexão e tem o propósito de instigar o leitor para que se posicione acerca do tema aqui sobressaltado, propondo-se a contribuir para o despertar da cultura constitucional e defesa do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** (Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993 (reimpressão, 1999).

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. Significado e atualidade da separação de poderes. In: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo**. Os desafios no terceiro milênio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

GRAMSCI, Antonio. **Selections from the Prison Notebooks**. International Publishers: New York, 1971.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. México: Porrúa, 2000.

_____. **Lezioni di teoria costituzionale**. Torino: G. Giappichelli, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Die Verfassung des Pluralismus**. Königstein/TS, 1980.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

LA VEGA, Augusto Martín de la. **La sentencia constitucional em Italia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo, Saraiva, Brasília, IDP, 2009.

_____. _____. 10 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo, Saraiva, Brasília, IDP, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **O Constitucionalismo Brasileiro Tardio**. ESMPU, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Aplicar a “Letra da Lei” é uma Atitude Positivista?** Revista NEJ – Eletrônica, v. 15 – n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, ISSN 2175-0491. [on line]. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/2308/1623>> Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Institucional**. Brasil, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acesso em: 03 de jan. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo, n. 8, p. 441-464, jul/dez. 2008.