

A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS COMO
FERRAMENTA DO ATIVISMO JURISDICIONAL
UTILIZADO PARA ALARGAMENTO DA COMPETÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL APÓS A EMENDA
CONSTITUCIONAL N° 45/04

THE IMPLIED POWERS THEORY AS A TOOL USED BY
THE LEGAL ATIVISM TO ENLARGE THE SUPREME
COURT HOUSE'S JURISDICTION AFTER THE 45/04
CONSTITUTIONAL AMENDMENT

Deilton Ribeiro Brasil*

RESUMO: O presente *paper* objetiva a fazer uma análise da jurisdição constitucional prestada pelo Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional n°. 45/04, dentro de um contexto de ativismo jurisdicional, que objetiva dar interpretação ampliativa de sua competência e dos efeitos de suas decisões, utilizando como ferramenta a categoria denominada teoria dos poderes implícitos utilizada na interpretação dos comandos da Constituição bem como o reconhecimento de poderes não expressamente especificados do ente federal em relação às demais unidades federativas, admitindo que na interpretação das regras jurídicas gerais da Constituição, deve-se procurar, de antemão, saber qual o interesse que o texto tem por fim proteger.

PALAVRAS-CHAVE: EC n° 45/04; Supremo Tribunal Federal; ativismo judicial; teoria dos poderes implícitos; interpretação de regras jurídicas.

ABSTRACT: The present paper purposes to analyse the constitutional jurisdiction by the brazilian Supreme Courthouse after the promulgation of the 03/93 amendment, endeavors its strong tendency, within a context of judicial activism, to enlarge the entailment effect of its legal decisions and to warrant judicial intrusion by using as a tool named as theory of implied powers used in the interpretation of Constitution's rules recognizing the powers not written which allows the interpretation of the Constitution's general legal rules by searching the interest that aims to protect.

KEYWORDS: The 03/93 amendment; Supreme Courthouse; judicial activism; theory of implied powers; Interpretation of legal rules.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A teoria dos poderes implícitos ¹ na interpretação dos comandos da Constituição possui em seu sentido original, o reconhecimento de poderes não expressamente especificados do ente federal em relação às demais unidades federativas, mas também o de admitir que qualquer norma constitucional que atribui a um órgão a realização de um dado fim, implicitamente lhe permite o uso dos meios necessários e hábeas a atingir tal fim, salvo proibição expressa na própria Constituição Federal.

Temos então que na interpretação das regras jurídicas gerais da Constituição, deve-se procurar, de antemão, saber qual o interesse que o texto tem por fim proteger. É o ponto mais rijo, mais sólido: é o conceito central, em que se há de apoiar a investigação exegética (...) Só se tem adotar critério de interpretação restritiva quando haja, na própria regra jurídica ou noutra, outro interesse que passe à frente. Por isso, é erro dizer-se que as regras jurídicas constitucionais se interpretam sempre com restrição. De regra, o procedimento do intérprete obedece a outras sugestões, e é acertado que se formule do seguinte modo: se há mais de uma interpretação da mesma regra jurídica inserta na Constituição, tem de preferir-se aquela que lhe insufe a mais ampla extensão jurídica.²

Uma argumentação racional tem por pressuposto o estabelecimento de regras objetivas nas quais o discurso se dará. Tais regras devem atender em um juízo de otimização máxima as duas seguintes condições: a) devem possuir o conteúdo valorativo mais forte possível, excluindo outros juízos de valor o mais possível com o fito de aumentar sua significação de decisão; b) devem ser o mais abstrato possível, a fim de obter ampla aceitação.³

Com efeito, como observa Robert Alexy, em qualquer forma de discurso jurídico são apresentados argumentos justificativos. Assim, qualquer pessoa que justifique algo, está implicitamente exigindo que essa justificação seja correta e, portanto, que seja correta a afirmação. Não é permissível nos discursos jurídicos assim não o é nos discursos práticos gerais, afirmar algo e depois se negar a justificá-lo sem dar razões para isso.⁴ Um outro forte argumento que aponta para a exigência de correção da decisão judicial é que ela, por

expressa determinação constitucional, deve ser necessariamente justificada ⁵ sob a base do princípio da legalidade e da regra da lei. ⁶

Em Richard Posner ⁷ temos que a justeza da interpretação depende do objetivo do tipo específico de interpretação, o que talvez explique, por exemplo, por que a interpretação musical não é uma analogia útil à interpretação das leis. Mas não existe consenso sobre qual seja o objetivo da interpretação das leis ou constitucional. Talvez haja vários objetivos – fidelidade à intenção dos autores do texto constitucional, certeza, coerência, bons resultados do ponto de vista pragmático. São objetivos afins, mas intérpretes diferentes irão atribuir-lhes pesos diferentes. ⁸

O texto não é apenas uma fonte de informações sobre as conseqüências das interpretações *alternativas*; entre as conseqüências a ser consideradas há também o impacto que as aplicações legais imprevisíveis vão ter sobre a comunicação entre o poder legislativo e o Tribunal. Normalmente, na verdade, se é possível reconhecer a intenção comunicativa ou o propósito legislativo – em outras palavras, se a reconstrução imaginativa funciona -, isso representará o fim do caso. ⁹

2. A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS COMO FERRAMENTA DO ATIVISMO JURISDICIONAL

Esse entendimento é alicerçado na RCL 141-SP (j. em 25.01.52) que tratava de um recurso extraordinário em que se arguiu que o Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar uma apelação referente à matéria de Direito das Sucessões, dera uma dada cláusula testamentária cuja validade havia sido confirmada, em RE anterior, pelo próprio Supremo, alcance que se entendia mais restrito do que aquele que lhe fora antes conferido.

Ao ser apreciado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, esse recurso extraordinário não foi conhecido, mas o órgão fracionário, por maioria, determinou fossem os autos remetidos ao Pleno, como reclamação, para que se apurasse se a autoridade da decisão anterior do Supremo - já transitada em julgado, fora ou não afrontada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em seu voto o Ministro Rocha Lagoa, destacou:

... este Tribunal só tem admitido a Reclamação quando levantada nos próprios autos em que ocorreu a ofensa à coisa julgada, e não em processo diferente, como é o caso.

... as decisões dos juízes e tribunais locais só podem ser submetidos ao conhecimento deste Supremo Tribunal Federal nos casos previstos na Constituição, não sendo possível criar-se novo remédio processual que não figura nem na lei fundamental nem na legislação ordinária.

... Mas, a função precípua do Supremo Tribunal Federal é a de guardião da Carta Magna, de que é intérprete máximo. Na vigência do estatuto político de 1891, decidiu esse pretório excelso não constituir inovação ou acréscimo de jurisdição o conhecer ele, por apelação, de cousas não expressamente mencionadas na Constituição, mas que por seu evidente caráter federal se deviam ter por incluídas na competência das justiças da União. Reconheceu assim implícita a competência federal para os crimes de moeda falsa, contrabando e peculato dos funcionários federais (acórdão n° 350, de 21 de setembro de 1898). Por igual admitiu esse magno colégio judiciário sua competência para tomar conhecimento da ação rescisória contra seus próprios julgados, embora não houvesse então texto de lei dispendo expressamente a respeito (ac. n° 494 de 25 de outubro de 1899).

Proclamou-se destarte o princípio de que a competência não expressa dos tribunais federais pode ser ampliada por construção constitucional.

Na lição de Elack, em seu *Hand-book of American Constitutional Law* § 48, tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional, envolvendo proibição ou restrição ou a garantia de um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição.

Ora, vão seria o poder, outorgado a este Supremo Tribunal, de julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juizes se lhe não fora possível fazer prevalecer seus próprios pronunciamentos, acaso desrespeitados pelas justiças locais. Para tanto ele tem admitido ultimamente o uso do remédio heróico da Reclamação, logrando desse modo fazer cumprir suas próprias decisões.

Observa-se, portanto, que a utilização dessa categoria dos poderes implícitos não é recente, existindo registros de sua utilização no direito brasileiro desde os primórdios da República.¹⁰

O interesse que se encontra nessa decisão é que se trata de um poder ínsito à própria competência do Supremo Tribunal Federal de fiscalizar incidentalmente a constitucionalidade das leis e dos atos normativos, utilizando-se da categoria denominada teoria dos poderes implícitos. Esse poder ativista é realçado quando o Tribunal se depara com leis de teor idêntico àquelas já submetidas ao seu crivo no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade para fazer prevalecer a sua competência jurisdicional.

A aplicação da teoria dos poderes implícitos na interpretação dos comandos da Constituição foi-se espalhando e se desenvolvendo até nossos dias – ajunte-se -, não apenas em seu sentido original, relativo ao reconhecimento de poderes não expressamente especificados do ente federal em relação às demais unidades federativas, mas também no de admitir que qualquer norma constitucional que atribui a um órgão a realização de um dado fim, implicitamente lhe permite o uso dos meios necessários e hábeis a atingir tal desiderato, salvo proibição expressa da própria Lei Magna.¹¹

Seguindo essa linha o Ministro José Néri da Silveira¹² registrou:

Com efeito, o sistema que nos serviu de modelo, ao implantar-se a República, faz um século, assenta no princípio da supremacia da Constituição, à qual se subordinam todos os Poderes, e na independência do Judiciário, que se manifesta, por primeiro, na prerrogativa eminente de proceder à revisão judicial das leis e dos atos normativos diante da Constituição, anulando-os quando com esta incompatíveis. Os estudiosos do regime americano, de dois séculos, afirmam que, na virtude que exhibe a Constituição de 1787 para dominar crises reside a sua extraordinária contribuição ao constitucionalismo, cumprindo ver, na *judicial review*, a fórmula que acaba por garantir à ordem constitucional a estabilidade dela exigida.

A utilização de cláusulas gerais e conceitos de um grau de abstração muito alto possibilita certamente a penetração onicompreensiva da matéria, mas à custa da precisão conceitual. As normas, por sua indeterminação, e carência de exatidão no detalhe, necessitam ser concretizadas em grande medida (...). A fixação do limite constitui certamente um dos pontos nevrálgicos da justiça constitucional e da interpretação.¹³ O momento criador do descobrimento do direito e da obtenção do direito não é alheio ao ordenamento jurídico constitucional.¹⁴

Pois bem, sendo o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, o guardião da Constituição Federal e seu máximo intérprete, tem a seu cargo definir os exatos limites dos poderes de que a Constituição quer investidos o Congresso, o Governo e os Tribunais,¹⁵ a União, os Estados e os Municípios.¹⁶

Empregando a teoria dos poderes implícitos, a meados deste século, o Supremo começou a construir, em seu seio, a reclamação, como meio de solução de problemas que se lhe apresentavam, e para os quais não encontrava resposta própria ou eficiente pelo manejo de outras medidas que se achavam expressamente, a seu dispor, quer na Constituição, nas leis ou em quaisquer outras entidades normativas.¹⁷ Ou seja, para atingir seus fins, isto é, exercer seu poder de resolver devidamente os casos sob sua apreciação, principiou a erigir um novo meio que não lhe estava explicitamente disponível, admitindo, pois, que a Carta Constitucional lhe dera implicitamente o poder de criar tal mecanismo.¹⁸

3. A GUIZA DE UM DESFECHO FINAL

A teoria dos poderes implícitos também pode ser identificada na ADI nº 2212-1/CE (DJ em 14.11.02)¹⁹ proposta pelo Governador do Estado do Ceará em que contestava o dispositivo que conferia ao Tribunal de Justiça competência para processar e julgar, originariamente, a *reclamação para a preservação de sua competência e garantia de autoridade de suas decisões*, bem como o segundo preceito, de índole regimental, que *atribuía ao Pleno do Tribunal de Justiça a competência para tal processamento e julgamento*.

A Ministra Ellen Gracie embasando seu entendimento no parecer do então advogado-geral da União, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, propugnou por uma interpretação conforme a Constituição Federal,²⁰ admitindo a reclamação, no âmbito estadual, tão somente para preservar a autoridade das decisões proferidas no controle abstrato de normas perante as Cortes Estaduais.

Para o Ministro Gilmar Ferreira Mendes,²¹ oportunidade para interpretação conforme a Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a Constituição. Por isso que nestas situações em que a norma não permite a extração de um sentido unívoco, cabe ao tribunal extrair das possíveis cambiantes interpretações o sentido da norma que a coloque em consonância com o texto maior, ao tempo em que exclui todas as outras interpretações que conduziriam a um resultado dissonante da vontade constitucional.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme à Constituição conhece limites.²² Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme a Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto²³ e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador, daí porque a problemática dos limites da interpretação conforme a Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral.²⁴

Isto porque, no âmbito estadual, *o instituto da reclamação constitui inexorável decorrência da eficácia geral e do efeito vinculante do controle abstrato de normas deferido pela Constituição Federal aos Tribunais de Justiça*, nos termos do que dispõe o art. 125, § 2º da Constituição Federal. A reclamação, assim, segundo o defensor das normas impugnadas, seria essencial como instrumento de defesa judicial das decisões proferidas pelas Cortes Estaduais no exercício da função de guardiãs das Cartas Constitucionais locais, cuja elaboração tenha sido assegurada pela Constituição Federal às unidades federadas.

Por último, a Ministra Ellen Gracie ainda invocou o princípio da simetria, para justificar a inserção do instrumento da reclamação no âmbito estadual, que visa garantir a autoridade de suas decisões que, não impugnadas pela via recursal, tenham ali mesmo transitado em julgado. Ou então para preservar a sua competência, eventualmente invadida por ato de outro juízo ou Tribunal local, ou então para preservar a sua competência, eventualmente

invadida por ato de outro Juízo ou Tribunal local, através de uma interpretação conforme a Constituição, por meio de redução teleológica, as limitações positivas a que se sujeita o poder constituinte decorrente do Estado-membro, em virtude das quais deve concretizar, no âmbito territorial local, os preceitos, o espírito e os fins da Constituição Federal, conforme art. 125, *caput* da Constituição Federal, conferindo eficácia às decisões proferidas pelas Cortes estaduais em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a exemplo do que ocorre no âmbito da União.

Na mesma ADI n° 2212-1/CE (DJ em 14.11.02) o Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto esclareceu não crer que aqui se tenha dado aos Estados o poder de criar remédios processuais novos, a título de definir a competência dos seus tribunais. O que se quis foi efetivamente dar ao Constituinte estadual o poder de distribuir entre os seus diversos tribunais – particularmente entre o Tribunal de Justiça e os Tribunais de Alçada – a competência de segundo grau ou originária do âmbito da Justiça estadual demarcado pela Constituição da República e a legislação processual da União.

Sustentou ainda que os tribunais têm poderes implícitos, necessários ao exercício de seus poderes explícitos. Um deles é o poder cautelar. Outra manifestação de poder implícito dos tribunais é o poder de dar efetividade às próprias decisões e o de defender a própria competência, a partir do qual o Supremo criou, para si mesmo, o instituto da reclamação.

De igual sorte na ADI n° 2480-9/PA (j. em 02.04.07) em que se questionava a constitucionalidade de norma do regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, que - de acordo com o proponente - cria, por analogia, um novo instrumento processual - a reclamação - para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence manteve seu entendimento no sentido de que omitiu o proponente que consta do texto da Constituição do Estado da Paraíba a existência de cláusulas de poderes implícitos, atribuídos ao Tribunal de Justiça estadual para fazer valer os poderes explicitamente conferidos pela ordem legal.

Para ele, não há de falar, portanto, em descumprimento do § 1º do art. 125 da Constituição Federal, já que a reclamação paraibana não foi criada com a norma regimental impugnada, a qual – na interpretação conferida pelo Tribunal de Justiça do Estado no exercício dos seus poderes implícitos – possibilita a observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, como exige a primeira parte da alínea a do inciso I do art. 96 da Constituição Federal.

Nesse sentido José Joaquim Gomes Canotilho²⁵ preleciona que:

A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo nos casos de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado. No plano metódico, deve também afastar-se a invocação de *poderes implícitos*, de *poderes resultantes* ou de *poderes inerentes* como

formas autônomas de competência. É admissível, porém, uma complementação de competências constitucionais através do manejo de instrumentos metódicos de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por essa via, chegar-se-á a duas hipóteses de competência complementares implícitas: (1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão); (2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais.

Vê-se, portanto, que, mesmo numa Constituição tão analítica como a brasileira, não há como não adotar a interpretação compreensiva do texto constitucional.²⁶

O sistema constitucional não repudia a idéia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Parece que o argumento da competência estrita do STF não encontra respaldo na práxis constitucional.²⁷ O que se revela relevante para a compreensão do avanço no tema da interface entre poderes implícitos e jurisdição constitucional, a rigor, é o sentido que se vem a conferir a segurança jurídica.

Karl Larenz²⁸ discorrendo sobre o princípio da confiança, sublinha seja de se lhe um elemento de ética jurídica que se apresenta em primeiro plano da idéia da proteção à boa-fé; e outro que se orienta à segurança das relações intrínsecas, portanto, a relação entre proteção à confiança, boa-fé e segurança jurídica.

O tema da relação entre o princípio geral de proteção à boa-fé e segurança jurídica parece melhor equacionado na corrente doutrinária noticiada por Javier García Luengo, que identifica ambas como duas caras de uma mesma idéia jurídica, cada qual delas densificando a proteção da confiança a partir de um matiz distinto: a boa-fé se apresenta como a raiz individual da proteção à confiança, que se manifesta na idéia de que a confiança pressupõe uma necessária relação pessoal travada de um determinado modo; ao passo que segurança jurídica implica previsibilidade e persistência, tanto do ordenamento jurídico como das disposições de autoridade, remetendo a consideração das relações pessoais ao segundo plano.²⁹

Assim, da proteção à boa-fé – como manifestação na esfera individual, da crença no condão pacificador e regulador das relações sociais de que deveria se revestir o direito – à ponderação a se empreender entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais, e outros vetores constitucionalmente protegidos, que pudessem determinar a invocação do

status de segurança jurídica, sem dúvida se amplia em muito o espectro de situações que estariam a autorizar o desenvolvimento da teoria dos poderes implícitos pelo Supremo Tribunal Federal dentro de uma prática de ativismo jurisdicional.³⁰

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001.
- BITTENCOURT, C. A. L. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- DANTAS, M. N. R. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- GADAMER, H. G. La hermenéutica como tarea teórica y práctica. In: *Verdad y método II*. 1978.
- GARCÍA LUENGO, J. *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas Ediciones S.L., 2002.
- LARENZ, K. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.
- MARSHALL, W. P. Conservative and the seven sins of judicial activism. [September 2002]. In: *University of Colorado Law Review*, v. 73, 2002. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=330266>, último acesso em 13 de agosto de 2007.
- MEDEIROS, R. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.
- MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP - Instituto Brasiliense de Direito Público, 2007.
- _____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- OST, F. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n° 1/69*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t. I.

POSNER, R. A. *Problemas de filosofia do direito* [trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado]. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVEIRA, J. N. Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro. In: *O judiciário e a Constituição*. TEIXEIRA, S. F. [Coord.] São Paulo: Saraiva, 1994.

STERN, K. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana* [trad. Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón], Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

NOTAS

* Doutorando em Estado e Direito: internacionalização e regulação pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro/RJ. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos de Belo Horizonte-MG. Pesquisador junto ao Laboratório de Análise Jurisprudencial LAJ do PPGD/UGF/RJ. Professor do Centro de Estudos Superiores Aprendiz-CESA e da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete-MG. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

¹ A teoria dos poderes implícitos apareceu na história do Direito, por ocasião do julgamento pela Suprema Corte Americana, em 1819, do caso *McCulloch vs. Maryland*, no qual se discutia a possibilidade de uma lei federal instituir um banco, contrariamente a uma norma legal estadual. Em verdade, a ambivalência que circundara esse processo estava carregada de fortes interesses, pois chocavam-se dois princípios e duas correntes políticas: de um lado, os partidários de Jefferson, ou republicanos, defensores de restrições ao Governo da União; de outro, os seguidores de Hamilton, ou federalistas, que pugnavam por uma harmonização entre os poderes dos Estados-membros e os de uma União que necessitava de força para forjar a nação, então em sua infância. Cf. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. 2000, p. 146).

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional n° 1/69*. 1974, t. I, p. 302.

³ Sobre uma formulação de regras do discurso jurídico, veja-se ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação*. 2001, pp. 179-240.

⁴ *Id. Ibid.* 2001, p. 213.

⁵ Art. 93, IX, da CF/88.

⁶ Arts. 5º e 37 da CF/88.

⁷ POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. 2007, p. 401.

⁸ Para Hans Georg Gadamer, o intérprete não é um ser isolado, pois aceita e comunga da existência dos outros. Sua verdade não é uma verdade isolada, mas compartilhada, porque só faz sentido

com a aceitação dos outros, com quem compartilha uma vida social. E numa visão positiva, não cética, acredita que, a despeito de todos os possíveis mal-entendidos, as pessoas buscam o consenso. Cf. La hermenêutica como tarefa teórica y práctica. In: *Verdad y método II*. 1978, pp. 315 e 313, respectivamente.

⁹ POSNER, Richard. *Ibid.* 2007, p. 402.

¹⁰ Entre nós, nunca se duvidou, na República, de que o Tribunal tivesse tal competência. Nesse sentido, José Afonso da Silva acrescenta que *no silêncio da Constituição de 1891, o STF decidiu que a expulsão de estrangeiros era da competência da União, embora isso não estivesse dito naquela Carta Magna*. (*Curso de direito constitucional positivo*. 1998, p. 480). E mais, *a figura do interventor não fora prevista pela Constituição de 1891. Por isso graves dissídios doutrinários surgiram sobre sua admissão. O próprio Ruy Barbosa insurgira-se contra ela no caso da intervenção em Mato Grosso em 1906, admitindo-a incoerentemente depois, quando pediu a intervenção do Estado do Amazonas. Na verdade, a figura do interventor e sua nomeação pelos poderes da União encontravam justificação jurídica na doutrina dos poderes implícitos, segundo a qual, se a Constituição confere um poder expresso para certo fim, há de implicitamente oferecer os meios para atingi-lo, caso não o faça explicitamente. Era o caso típico, que afinal venceu na prática constitucional da Primeira República*. (*Id. Ibid.* 1998, p. 488).

¹¹ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. 2000, p. 161.

¹² SILVEIRA, José Néri. Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro. In: *O judiciário e a Constituição*. 1994, p. 3.

¹³ STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. 1987, p. 221.

¹⁴ *Id. Ibid.* 1987, p. 229.

¹⁵ Portanto, ele próprio, STF, também.

¹⁶ SILVEIRA, José Néri. Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro. In: *O judiciário e a Constituição*. 1994, p. 6.

¹⁷ É do teórico do direito de origem belga a lição de que o direito institui seu tempo próprio, e de que, (...) *contra a força de sua própria letra, sabe inventar ainda os processos do questionamento para reencontrar o vestígio do espírito que aí se tinha perdido...* OST, François. *O tempo do direito*. 1999, p. 46.

¹⁸ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. 2000, pp. 168-9.

¹⁹ Por maioria, o Tribunal julgou improcedente a ação, vencidos os Senhores Ministros Maurício Correa, Presidente, Moreira Alves e Sydney Sanches, que a julgavam procedente. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Senhor Ministro Nelson Jobim que proferira voto anteriormente. Não votaram os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso por sucederem os Senhores Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches. Plenário, 02.10. 2003.

²⁰ Instrumento situado no âmbito do controle de constitucionalidade e não apenas uma simples regra de interpretação - como o Supremo Tribunal Federal enfatizou na decisão da Representação nº 1417/DF, Ministro Moreira Alves, RTJ, 126/48-72, 66 -, o princípio da interpretação conforme a Constituição consubstancia essencialmente uma diretriz de prudência política ou, se quisermos, de política constitucional, além de reforçar outros cânones interpretativos, como o princípio da unidade da Constituição e o da correção funcional. Modernamente, o princípio da interpretação

conforme a Constituição 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. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2007, pp. 112-3).

- ²¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 2005, p. 346.
- ²² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2007, p. 1.192.
- ²³ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 1968, p. 95.
- ²⁴ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. 1999, p. 301.
- ²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2002, p. 543.
- ²⁶ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2007, p. 906.
- ²⁷ *Id. Ibid.* 2007, p. 906.
- ²⁸ LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. 1985, pp. 91, 95-96.
- ²⁹ GARCÍA LUENGO, Javier. *El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo*. 2002, pp. 148-150
- ³⁰ É esclarecedora a proposta de MARSHALL, de conteúdos decisoriais ou linhas de ação da Suprema Corte americana, que sejam denunciadores de uma prática de ativismo judicial, a saber: práticas contra-majoritárias, práticas não-originalistas, práticas de não adesão aos precedentes, práticas de expansão dos limites de sua ação jurisdicional, práticas de criação de novas teorias ou direitos através da teorização constitucional, práticas de superação de omissões de outros ramos do poder através de ação ou supervisão jurisdicional, e finalmente, práticas jurisdicionais voltadas ao atendimento de interesses partidários. É do próprio autor a explicitação de que várias dessas práticas se podem combinar em uma mesma Corte em um dado momento, reforçando o traço ativista – e que isso não permite em si, um juízo de valor em relação ao acerto de suas decisões, mas tão-somente expressa uma estratégia de agir desse poder. MARSHALL, William P. Conservative and the seven sins of judicial activism. [September 2002]. In: *University of Colorado Law Review*, v. 73, 2002, p. 104.