

O DESENVOLVIMENTO JUDICIAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL NOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW* E DO *COMMON LAW*

GABRIEL ACCIOLY GONÇALVES

Mestrando em Direito pela UERJ

Advogado no RJ

RESUMO: O artigo se dedica à análise do desenvolvimento judicial do direito constitucional nas tradições de *civil law* e *common law*. A comparação tem por finalidade expor as semelhanças e as diferenças com que a criatividade judicial se manifesta em cada um desses âmbitos. Defende-se que a melhor compreensão desse fenômeno exige o reconhecimento da insuficiência do conceito de interpretação, o qual deve ser complementado pelo das construções constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Criação. Interpretação. Construção. Civil-law. Common-law.

ABSTRACT: The article is dedicated to the analysis of the judicial development of constitutional law within the *civil law* and *common law* traditions. The comparison's finality is to show the similarities and differences of how judicial creativity manifests in each of these areas. It is defended that a better comprehension of this phenomenon demands recognition of the insufficiency of the concept of interpretation, which has to be complemented by that of constitutional constructions.

KEYWORDS: Creation. Interpretation. Construction. Civil-law. Common-law.

1. INTRODUÇÃO

É noção corrente a de que o *common law* e o *civil law* constituem as duas principais famílias jurídicas ocidentais (GLENN, 2010). Essa clivagem pode sugerir um cenário binário, no qual cada uma das tradições conteria um grupo de países relativamente homogêneo em relação às formas como o fenômeno jurídico se manifesta. Contudo, há sensíveis diferenças no que diz respeito às instituições e ao conteúdo do direito em vigor por parte dos países que integrem um dos mencionados sistemas (MERRYMAN e PÉREZ-PERDOMO, 2007, p. 1). Trata-se, apenas, de tipos ideais.

De acordo com o entendimento tradicional, o *common law* é descrito como um sistema jurídico de direito jurisprudencial, de origem anglo-saxônica. Neste, a atuação decisória dos juízes norteia-se pelo dever de se seguir os precedentes, compreendidos como decisões judiciais pretéritas dotadas de vinculatividade, em razão do princípio do *stare decisis*. Neste sentido, é esse um modelo caracterizado por um protagonismo judiciário o qual - ainda de acordo com a narrativa usual - se faz presente, inclusive, no momento de criação do direito. Essa, entretanto, é uma visão recente: historicamente, se entendia que o direito aplicado pelos juízes seria não criado, mas apreendido por eles, por se tratar de um direito natural.

Já o *civil law* tem em sua narrativa usual uma descrição oposta, caracterizando-se como um sistema em que o conteúdo do direito em vigor é, predominantemente, legislado. De forma simplificada, essa família jurídica partiu de uma inspiração no direito romano-germânico, a qual, a partir de meados do século XVIII, associa-se ao racionalismo jurídico, originando o fenômeno das codificações (NINO, 2010, p. 381). Ínsita a esse movimento

estava a crença de completude do direito legislado, razão pela qual os juízes, na tarefa de aplicação do direito, supostamente defrontar-se-iam com uma tarefa de caráter exclusivamente cognoscitivo. Essa concepção, como é sabido, passa por severas críticas, inicialmente através do movimento do direito livre (LARENZ, 1997, p. 77) e, após, até mesmo por autores que se voltaram contra este, como Hans Kelsen (1997, p. 392). Desde então, houve uma naturalização, ao menos no âmbito da teoria geral do direito, da visão de que a tarefa de julgar também envolve atividades volitivas. Como se verá, a prática jurisdicional oscila em reconhecer isso.

Recentemente, vem se testemunhando a emergência de uma série de estudos doutrinários comparativistas, que têm como intuito questionar a acuidade e atualidade dessa classificação, sob múltiplos aspectos. Um destes é o das fontes do direito. Nessa ótica, embora se descreva o *common law* como um sistema de direito jurisprudencial, já não configura novidade a circunstância de que uma quantidade cada vez maior de matérias passou a ser disciplinada pelo direito legislado (CALABRESI, 1982). Da mesma forma, o papel da jurisprudência em sistemas de *civil law* cresce progressivamente em relevância. Assim, como sustenta Santiago Nino (2010, p. 346), a diferença básica entre os sistemas em relação à admissão dessas fontes do direito é meramente de grau, no sentido de qual é predominante.

O direito constitucional não é alheio ao quadro descrito. De um lado, a adoção de Constituições escritas é fenômeno comum a países pertencentes a ambas as tradições mencionadas. Embora não se trate de arranjo adotado com unanimidade, a adoção de Constituições compreendidas como normativas é fator de aproximação entre países pertencentes a ambas as famílias jurídicas. A institucionalização de órgãos de cúpula do poder judiciário – quer Supremas Cortes, quer Cortes Constitucionais – responsáveis por decidir questões mediante interpretações e construções constitucionais¹, é, também, arranjo comum a países pertencentes a ambos os grupos.

Além disso, não costuma ser problematizada a circunstância de duas das principais altas Cortes a cujos julgados se faz referência por Tribunais de outros países e continentes – quais sejam, Suprema Corte estadunidense e Tribunal Constitucional Federal alemão – se inserirem em tradições jurídicas distintas, fator que também indica uma aproximação entre países delas provenientes e até uma perda da relevância dessa distinção, ainda que de forma

1 De acordo com a formulação de Keith Wittington (2010, p. 120 e ss.), construções constitucionais são processos suplementares à interpretação na elaboração de uma ordem constitucional. Segundo sua definição, construções constitucionais têm como finalidade concretizar princípios, práticas e regras que não se encontrem claramente na Constituição, nem sejam passíveis de inferência imediata. Tal qual a atividade interpretativa, não envolve alterações formais de seu texto, diferenciando-se daquela na medida em que possui caráter criativo, ao passo que a interpretação seria apenas uma atividade de esclarecimento de significados dos enunciados normativos. Visões simpáticas à noção de que o judiciário realiza construções constitucionais tendem a se aproximar do que Cass Sunstein denominou de perfeccionismo judicial (2007, p. 2868) – sinteticamente, a noção de que o juiz deve fazer da Constituição “o melhor que ela possa ser”, conforme a célebre expressão de Dworkin (1986). Disputa-se se a possibilidade de os juízes realizarem construções constitucionais deveria ser franqueada também ao poder judiciário, ou se apenas o executivo e legislativo poderiam legitimamente o fazer. Inicialmente, Whittington reservava um espaço reduzido aos juízes nesse âmbito, por entender serem as construções atividades essencialmente políticas e pela circunstância de que, no controle de constitucionalidade, o parâmetro de controle deveria se restringir às interpretações da Constituição, não se estendendo às construções. Após, o autor relativizou esse entendimento, aceitando que o judiciário pode ser um espaço legítimo e profícuo de construção caso atue em concerto com os demais poderes e de forma compatível com valores socialmente compartilhados.

restrita a esse âmbito.

Em matéria de direitos fundamentais, o fenômeno é ainda mais profundo, já que, progressivamente, se expande a atenção internacional conferida a Cortes internacionais de direitos humanos, como a Europeia. De fato, os julgamentos desta servem de modelo normativo a países pertencentes ou não à União Europeia, bem como a outros Tribunais internacionais, fenômeno que também se manifesta na via inversa, dando origem a um cenário de fertilizações cruzadas em matéria de interpretação dos direitos fundamentais². Ademais, sua jurisdição incide sobre os países signatários da Convenção Europeia de Direitos Humanos – alguns deles adotando o modelo de *civil law*, outros de *common law* – os quais passam a ter de levar em conta a possibilidade de censura, pela Corte, de suas decisões em matéria de direitos protegidos em nível comunitário (BRYDE, 2005, p. 210). Cabe, contudo, a ressalva de que esse quadro de convergência em relação conteúdo dos direitos humanos nos países signatários da Convenção não é de tal forma intenso, a ponto de sublimar as diferenças culturais e atinentes aos valores vigentes em cada um deles, em virtude de formulações jurisprudenciais elaboradas pela própria Corte, como o princípio da margem de apreciação³.

Acaso o cenário apresentado permite a conclusão de que as diferenças entre *common* e *civil law* são turvas, ou mesmo irrelevantes, no que diz respeito ao desenvolvimento judicial do direito constitucional – em especial em matéria de direitos fundamentais – nos países que adotam Constituições escritas? É a partir desse questionamento, que o presente estudo se desenvolve. Nas páginas a seguir, serão apresentados os contornos básicos da criatividade judicial em matéria constitucional em países de *common law* e, na sequência, do *civil law*. Ao final, os dois cenários apresentados serão objeto de uma avaliação crítica à luz de questões atinentes à legitimidade e balizas a que as atuações judiciais criativas devem se sujeitar.

2. O DESENVOLVIMENTO JURISDICIONAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL NO *COMMON LAW*

A circunstância de os textos constitucionais veicularem princípios e cláusulas abertas dotadas de normatividade e que, portanto, demandam intervenções criativas do intérprete para incidirem em casos concretos, é fator que dá azo à atividade de desenvolvimento judicial do direito no âmbito da jurisdição constitucional. Tal descrição é passível de emprego tanto na caracterização do modo de aplicação de Constituições de países de *common law*, quanto de *civil law* – e não é acidental, ou fruto de uma americanofilia irrefletida, a frequência com que a doutrina de autores estadunidenses e cujos escritos pressuponham a Constituição desse país seja empregada para descrever a forma como operam os princípios contidos na Constituição

2 Apesar da denominação fertilização cruzada, o movimento de referência a decisões estrangeiras não se dá, necessariamente, de forma recíproca. Neste sentido, tanto a Suprema Corte norte-americana, quanto o Tribunal Constitucional Federal alemão têm como tendência somente citar precedentes de si próprios, embora sejam frequentemente mencionados por outros órgãos jurisdicionais. Segundo Ran Hirschl (2014, p. 47), essa é uma tendência geral de Cortes mais antigas, expondo o autor, que nos primeiros anos de funcionamento da Corte alemã, a referência a julgados estrangeiros era expediente muito mais usual – ainda que o acesso a elas fosse muito mais difícil, por se tratar de período anterior à globalização. Já nos Estados Unidos, o fortalecimento, sobretudo a partir da década de 1980, da corrente de interpretação constitucional originalista é elemento que favorece uma jurisdição constitucional auto-centrada, e não cosmopolita.

3 De acordo com Benvenisti (2008, p. 143), o princípio da margem de apreciação confere espaço aos poderes judiciários de nível nacional para firmar decisões sobre questões que envolvam valorações morais dos direitos fundamentais em conformidade com visões locais e com interesses nacionais. Tem por finalidade evitar uma homogeneização do conteúdo dos direitos fundamentais, que ignore diferenças locais atinentes aos valores socialmente partilhados e às culturas em geral.

Federal de 1988.

Entretanto, é possível questionar se uma análise mais minudente das práticas jurisdicionais estrangeira e nacional tende a confirmar, ou relativizar a impressão de equivalência, no que tange às formas de criatividade judicial em matéria constitucional, que essa descrição sumária suscita. Especificamente em relação ao caso norte-americano, é preciso ter em conta a circunstância de se tratar de um país que adota o modelo de *common law*. Nos ramos jurídicos não disciplinados pelo legislador, como o da responsabilidade civil, o direito vigente nesse país é integralmente formado por doutrinas, ou construções judiciais (*doctrines*). Já em outros ramos, nos quais o labor legislativo – ou do constituinte – se manifeste, passam a incidir questões atinentes à convivência entre as duas fontes normativas. No âmbito constitucional, incontáveis construções são desenvolvidas como forma de dar concretude ao texto da Lei Fundamental, conferindo-se respostas para questões específicas e nela não disciplinadas expressamente. Há diversas teorias a respeito do papel desempenhado pelo texto constitucional nesse processo de produção jurisdicional de doutrinas, algumas das quais variam radicalmente entre si.

Dentre essas, possui destaque no cenário norte-americano e canadense a teoria da chamada *constituição viva*, a qual, em certas vertentes, defende que o texto da Constituição é, altamente superestimado na resolução de casos constitucionais, senão irrelevante. A título ilustrativo, confirmam-se os dizeres de David Strauss (1996, p. 883-5), constitucionalista da Universidade de Harvard e advogado atuante perante a Suprema Corte desse país:

“É raro o caso constitucional em que o texto [da Constituição] desempenhe um papel relevante. Majoritariamente, a Corte decide casos à luz dos precedentes. (...) Há, com proeminência, em nossa tradição jurídica, um método – o método do *common law* – que resolve a dificuldade central do constitucionalismo escrito e confere sentido a esses aspectos aparentemente problemáticos de nossas práticas interpretativas estabelecidas. O método *common law* não ganhou destaque como uma abordagem teórica para a interpretação constitucional por não ser uma abordagem usualmente associada com uma constituição escrita, ou, de fato, com qualquer tipo de direito codificado. Mas nossa constituição escrita, a essa altura, tornou-se parte de um sistema de *common law* em evolução, e o *common law* – em vez de qualquer modelo baseado na interpretação de um direito codificado – provê a melhor explicação para as práticas do direito constitucional norte-americano”.

Segundo Strauss, o fato da Constituição de seu país estar inserida em um sistema de *common law* faz com que a interpretação dela seja impregnada por métodos típicos desse sistema jurídico, de tal forma que se acaba por depositar uma ênfase considerável nos precedentes judiciais sobre matéria constitucional, em detrimento do próprio texto da Carta⁴. Assim, mesmo que as Cartas constitucionais de países de *civil e common law* eventualmente tenham textos similares, ainda assim a concretização do direito constitucional tende a ocorrer de forma distinta conforme o tipo de tradição jurídica, no âmbito da qual cada uma delas se insira. Como ilustração disso, Strauss sustenta que as emendas à Constituição estadunidense

4 Strauss ancora as razões de se seguir o método do *common law* em dois fundamentos. O primeiro deles é enunciado pelo mesmo como o argumento da humildade: seria excessivamente difícil e temporalmente custoso analisar, em casos repetidos, todas as razões de decidir incidentes, já examinadas anteriormente. Já o segundo argumento parte de uma descrença na capacidade dos aplicadores do direito de realizar julgamentos puramente abstratos, e não apoiados na prática. Esse suporte empírico adviria do fato de a regra proveniente do precedente ter sido testada ao longo de várias gerações, razão pela qual o precedente representaria uma sabedoria acumulada ao longo do tempo (1996, p. 891). Tais fundamentos sofreram, em âmbito doutrinário, forte e densa crítica por Adrian Vermeule (2007).

são irrelevantes, dada a centralidade da Suprema Corte na atualização desse ramo jurídico (STRAUSS: 2001) e que, embora parta de um documento escrito, o direito constitucional desse país operaria segundo uma lógica muito mais semelhante à do inglês, não escrito⁵, do que de Constituições escritas adotadas por democracias constitucionais recentes. A razão disso seria a de que, nesses países, a aderência estrita aos textos constitucionais desempenharia um papel imprescindível de justificação das atuações políticas, enquanto que atividades criativas poderiam provocar cenários de desconfiança e ruptura institucional (1996, p. 924).

Não é necessária uma aderência estrita à teoria de Strauss para se reconhecer a centralidade dos precedentes no sistema jurídico norte-americano, no que tange à definição de o que constitui o direito constitucional vigente naquele país. Neste sentido, a despeito de o texto constitucional nada prever, expressamente, a respeito de questões como, *e.g.*, a igualdade em matéria racial, entre 1896 e 1953 compreendia-se que era compatível com esta a segregação espacial entre pessoas brancas e afro-descendentes, na medida em que a decisão da Suprema Corte no caso *Plessy v. Ferguson* era enxergada como o direito constitucional em vigor. A partir de 1954, com a celebrada reversão desse entendimento em *Brown v. Board of Education*, o entendimento oposto passa a ser considerado como o direito a ser seguido, por se ter passado a entender que a separação compulsória de pessoas por motivo de raça é derogatória. A decisão precipitou o que Bruce Ackerman denominou de revolução dos direitos civis, mediante a qual diversas conquistas em matéria de igualdade racial foram obtidas (2007, p. 1757). A mencionada revolução promoveu uma radicais alterações no conteúdo do direito constitucional desse país, sem que qualquer delas tenha decorrido de emendas.

Tal exemplo constitui, ainda, ilustração da circunstância de que o dever de aderência aos precedentes pelos juízes não é absoluto. É possível se promover distinções entre casos posteriores e pretéritos, como forma de julgá-los de modo distinto (*distinguishing*), ou mesmo superar expressamente precedentes, embora essa última hipótese esteja ao alcance apenas do próprio órgão jurisdicional, que tenha proferido a decisão original (*overruling*), constituindo esses mecanismos o que Robert Alexy denominou técnicas de divergência (2013, p. 271). Tais mecanismos revelam a adaptabilidade do *common law* através da prática jurisdicional, expondo, ainda, como o desenvolvimento judicial do direito integra a essência desse sistema. Mas não é só.

Como ensina Santiago Nino (2010, p. 347), o sistema de aplicação jurisprudencial do direito no *common law* opera através de uma lógica de analogias, que se desenrola em três etapas, quais sejam: (i) identificação de qual(is) precedente(s) se assemelha(m) ao novo caso; (ii) explicitação da regra que regeu a decisão anterior; (iii) aplicação da regra ao caso em julgamento. Essas três etapas revelam que o direito jurisprudencial também tem de ser interpretado e esse empreendimento envolve atos volitivos. Com efeito, a atividade de generalizar um caso concreto pretérito, para dele se extrair uma norma aplicável ao novo caso,

5 A afirmativa de David Strauss de que o direito constitucional inglês é não escrito, embora pareça intuitivamente correta, por não haver uma Constituição naquele país, encerra uma tomada de posição. Com efeito, disputa-se doutrinariamente se não haveria um conjunto, ainda que esparso, de leis inglesas que, pela sua matéria, teriam *status* constitucional. Para essa linha de entendimento, o direito inglês, em vez de não escrito, seria apenas não *codificado* (SARTORI, 1962, p. 853). O entendimento de Sartori possui acolhida no âmbito do judiciário inglês. Assim, na recente decisão *Thoburn v. Sunderland City Council* (*Divisional Court*, EWHC 195, 2002), foram estabelecidos dois parâmetros alternativos para se afirmar o *status* constitucional de uma lei, quais sejam: (i) dizer respeito à relação jurídica entre o cidadão e o Estado; ou (ii) aumentar ou diminuir o escopo do que seja enxergado como um direito fundamental.

isto é, de identificação do *holding* ou *ratio decidendi*, envolve margens de criatividade, na medida em que, como regra, inúmeras generalizações distintas são viáveis argumentativamente (MACCORMICK e SUMMERS, 1997). A diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, compreendido este como qualquer consideração marginal feita pelo Tribunal não necessária para a resolução do caso concreto (MELLO, 2008, p. 125), tampouco é tarefa despida de espaços de dúvida interpretativa, reclamando do agente decisório uma intervenção construtiva, e não uma mera aplicação ao caso de um direito pré-pronto, anterior ao momento da decisão.

De outra parte, há circunstâncias não necessariamente atreladas ao tipo de família jurídica em que a decisão tenha sido proferida, que repercutem sobre a extensão dessa margem. Esta tenderá a se expandir ou retrair conforme o modelo de votação adotado pela Corte, que tenha proferido o precedente, embora nunca desapareça por completo. Sobre o tema, é usual a diferenciação entre os modelos agregativo e deliberativo de votação (FRIEDMAN, 2005, p. 284). No primeiro, chega-se à decisão através de um mero somatório de votos individuais. Já no segundo, espera-se que haja um momento de interação entre os juízes prévio à tomada de decisão em si. Há, ainda, a divisão entre modelos de deliberação externa e interna, conforme esta se dê de forma aberta ao público ou a portas fechadas, isto é, com vistas ao convencimento de uma plateia externa à Corte ou de seus próprios pares, respectivamente (FEREJOHN e PASQUINO, 2004, p. 1692 e ss.). No modelo agregativo, mesmo que a um membro da Corte seja designada a tarefa de redigir uma síntese do resultado dos votos, que constitua a opinião da Corte, é possível que o consenso tenha se produzido apenas em relação ao resultado, e não sobre os fundamentos. Se, por outro lado, chegue a público apenas uma decisão una da Corte tomada enquanto instituição, essa dificuldade se reduzirá consideravelmente.

Assim, a atividade de definição do que constitui o *holding* e o *obiter dictum* será tão mais bem norteada pelo precedente, conforme o modelo de votação adotado pela Corte em questão. Quanto menor a clareza fornecida pela decisão anterior, maior será o flanco de criatividade judicial envolvido nessa atividade. Dessa forma, o desenvolvimento judicial do direito manifestar-se-ia a despeito não apenas do texto constitucional, conforme defende Strauss, como, até certo ponto, dos próprios precedentes e da força atrativa que estes exercem em prol da conservação do direito. A dificuldade que tal modelo suscita é que a enorme amplitude de interpretações conflitantes, as quais podem advir do manejo criativo das ferramentas acima descritas, bem como no momento de identificação da regra geral a se extrair do caso concreto, gera uma perda quanto em previsibilidade (MACCORMICK, 2009, p. 44).

No outro extremo de concepções acerca do papel que o texto constitucional deve desempenhar na solução de litígios atrelados a essa matéria, há as correntes segundo as quais o fato de os Estados Unidos terem adotado uma Constituição escrita faz com que uma interpretação textualista desta deva exaurir a forma de definição do conteúdo vigente desse direito. Trata-se da metodologia originalista, corrente rival à da Constituição viva, que sustenta uma aplicação perene do texto normativo constitucional de forma compatível com o entendimento do constituinte, o qual se depreende através do estudo do contexto histórico do período de posituação do enunciado em questão. Segundo essa vertente, todo ato de criação judicial do direito constitucional, em rigor, se trata de um erro. A única razão de preservação de eventuais construções judiciais seria o respeito ao princípio do *stare decisis* e da estabilidade de entendimentos já consolidados. Diante do papel quase exauriente desempenhado pelo texto enquanto fonte do direito constitucional segundo a teoria

originalista, Antonin Scalia, liderança doutrinária dessa corrente e membro da Suprema Corte norte-americana, chega a fazer a provocação de que esse país, embora possua Cortes que pratiquem o método do *common law*, se trata um sistema de *civil law* (1997, p. 3). A afirmativa tem por objetivo descredenciar a atividade criativa dos tribunais, acentuando o papel do texto.

Diversas falhas podem ser apontadas à teoria originalista. Antes de apresentá-las, contudo, é preciso abordar teorias que se situam em um patamar intermediário entre as já apresentadas. Trata-se de versões mais moderadas da teoria da Constituição viva, ou mesmo do originalismo, conforme a perspectiva teórica que se adote. Para as versões mais brandas da teoria da Constituição viva, a questão fundamental da interpretação constitucional é a de definição do sentido atualizado das disposições constitucionais, cujo sentido deve evoluir ao longo do tempo, de modo a se adequar aos renovados valores vigentes e às demandas sociais. Não se sustenta, assim, haver uma desconsideração do texto normativo da Lei Fundamental. Pelo contrário, parte-se da premissa de que a virtude dos textos constitucionais é, exatamente, a sua adaptabilidade a novos contextos históricos, possível em razão de sua enunciação em terminologia aberta e não raro evocativa de leituras permeadas por análises valorativas. Conforme tal visão, essa é a circunstância que permite manter-se a Constituição como guia das questões jurídicas dos tempos atuais (BRENNAN, 1986, p. 438).

Tal atualização do sentido do texto seria desempenhada pelos juízes, que, neste sentido, teriam de enfrentar a tarefa de captar o *ethos* vigente (POST, 1995, p. 35). Este corresponderia a um conjunto de valores fundamentais, expressão de um direito constitucional não escrito⁶, o qual envolve a existência de direitos fundamentais não enumerados (RUBENFELD, 2001, p. 290). O exemplo mais famoso de direito fora do catálogo reconhecido nos Estados Unidos pela Suprema Corte é o direito à privacidade. Embora não contido expressamente no texto, tal direito foi extraído da cláusula do devido processo contida na décima quarta emenda estadunidense, a qual envolveria, também, um devido processo substantivo (MARTEL, 2005). Essa construção serviu para considerar inconstitucional leis que criminalizava o aborto (*Roe v. Wade*, de 1973), vindo o direito a privacidade a ser aplicado posteriormente como fundamento à descriminalização de relações íntimas homossexuais (*Lawrence v. Texas*, de 2003).

Também foi relevante para o reconhecimento desse direito a nona emenda à constituição dos Estados Unidos (“*A enumeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou coibindo outros direitos inerentes ao povo*”). Esta foi mencionada na fundamentação da decisão tomada em *Griswold v. Connecticut*, de 1965, a qual invalidou leis que criminalizavam o uso de contraceptivos. De acordo com segmento doutrinário favorável à ideia da Constituição viva, essa emenda insculpe no texto constitucional uma regra de interpretação: o mero fato de não se encontrar um fundamento textual explícito a um direito não significa, *per se*, que ele inexistia (TRIBE e DORF, 1991, p. 54). De forma similar, Akhil Reed Amar (2013, p. 101) também aduz que esse dispositivo

6 A noção de uma constituição não escrita parte de uma compreensão do fenômeno constitucional a partir de uma dupla dimensão, segundo a qual haveria, simultaneamente, a Constituição como norma jurídica e a constituição real, entendida como o conjunto de forças políticas e sociais relevantes do ponto de vista constitucional. Conforme o magistério de Jane Reis (2006, p. 42), o reconhecimento de direitos não enumerados insere-se nesse contexto de conciliação entre o texto constitucional e a realidade, levada a cabo por meio de interpretações criativas do texto constitucional. Isso significa que a evolução constitucional das sociedades não depende exclusivamente de reformas constitucionais por mecanismos formais de emenda. A doutrina nacional também utiliza essa formulação como anteparo teórico de fenômenos como as mutações constitucionais.

contempla uma regra de que o restante do texto constitucional deve ser interpretado sob uma ótica pró-direitos, de se extrair novos conteúdos positivos da Constituição, e não de forma restritiva.

Essa formulação é criticada sob diversos ângulos. Numa ótica operacional, questiona-se a real capacidade dos juízes de identificarem valores amplamente partilhados, dos quais decorreriam o direito constitucional não escrito, cuja própria existência é, também, posta em xeque (ELY, 2010, p. 88). Já sob um enfoque de legitimidade, a teoria originalista sustenta que não é papel dos juízes buscar renovar o sentido das cláusulas previstas na Constituição, nem, tampouco, reconhecer direitos não enumerados, mas sim aplicá-las em consonância com o entendimento original que o constituinte pretendeu lhes conferir (BORK, 1990, p. 143). Neste sentido, a retórica originalista busca uma associação entre a aplicação da metodologia do *common law* ao direito constitucional com a teoria da constituição viva⁷, situando, ainda, ambas num polo antagônico ao da democracia. Conforme se argumenta, o prejuízo à democracia residiria no fato de juízes utilizarem interpretações pessoais de disposições constitucionais para invalidar atos legislados (SCALIA, 1997, p. 45).

No que tange especificamente à criatividade judicial voltada ao reconhecimento de novos direitos, há uma notória antipatia originalista a tal linha jurisprudencial. Uma objeção possível a essa postura é a de que há forte linha de entendimento, no sentido de que a intenção original do constituinte, ao positivizar a Nona Emenda, era, exatamente, a de proteger direitos não especificados no texto constitucional (BALKIN, 2009, p. 553). A forma de se buscar rebater o desafio que a nona emenda propicia à rejeição ao reconhecimento de direitos não enumerados é negar que essa fosse a aplicação que o constituinte pretendeu lhe conferir, o que é feito por autores filiados, ou não, à corrente originalista. Nessa linha, sustenta-se que a emenda, em verdade, (i) trata de matéria federalista, atinente a direitos reconhecidos em âmbito estadual (MASSEY, 1986); (ii) no fundo, nada significaria – o juiz Bork proferiu o famoso dito em sua frustrada sabatina para tornar-se membro da Suprema Corte, de que haveria um borrão de tinta sobre a emenda, nada sendo possível se extrair dela (BARNETT, 1991, p. 79) –; ou, até mesmo, (iii) conferindo-lhe um cunho anedótico⁸. Não é apresentada uma argumentação suficientemente consistente pela doutrina originalista para ilidir a interpretação do texto da mencionada emenda, segundo a qual o constituinte pretendia que esta fosse aplicada para viabilizar o reconhecimento de novos direitos.

Isso pode ser parcialmente explicado pela circunstância de a corrente originalista ter sofrido uma captura pelo discurso político conservador norte-americano (POST e SIEGEL, 2006, p. 561). Afinal, foi a noção da constituição viva, rival da corrente originalista, que conferiu embasamento teórico às linhas jurisprudenciais mais progressistas da Suprema Corte. Se, de um lado, isso explica o sucesso e força dessa teoria da interpretação constitucional naquele país, por outro, inequivocamente, provoca inconsistências no plano jurídico, que não

7 Apesar de Scalia equiparar o método do *common law* com o da constituição viva, deve-se ter em conta que tal aproximação é contingente. Thomas Merrill, *e.g.*, associa o *common law* ao originalismo, baseando-se no fato de que, conforme sustenta, ambos fomentam valores comuns, como a previsibilidade do direito e, no plano moral, o conservadorismo. Além disso, preconizam teorias da interpretação que rechaçam o emprego do senso de justiça e correção do juiz para a solução de casos concretos, o que seria compatível com teorias da constituição viva (1995, p. 515).

8 Segundo John Hart Ely (2010, p. 45) – que, esclareça-se, não se trata de um autor originalista, mas sim procedimentalista, cuja crítica ao substancialismo também se dirige ao reconhecimento de direitos não escritos – a menção à nona emenda seria um método infalível de se provocar risos nos círculos acadêmicos mais sofisticados (“O que você vai usar para fundamentar seu argumento, Lester? A Nona Emenda?”).

deve se pautar por interpretações sectárias.

A mencionada incoerência pode ser ilustrada por circunstâncias como a de membros da suprema corte estadunidense aplicarem direitos não enumerados como forma de solucionar litígios em sentidos tais que produzam resultados compatíveis com visões políticas conservadoras. Um exemplo recente nesse sentido foi a decisão no caso *Boy Scouts of America v. Dale*, no qual a ala usualmente reputada como conservadora da Corte considerou que o direito à liberdade de associação – inexistente no texto constitucional – permite que entidades vedem a admissão, como associados, de homens abertamente homossexuais. O expediente usado pelos originalistas para justificar essa decisão é o argumento de que a liberdade de associação é, sim, direito fundamental enumerado pela Constituição.

A declaração causa espécie, na medida em que tal direito não consta do texto da Lei Maior, expondo como, na prática, também os originalistas proferem decisões criativas (MARSHALL, 2002), em especial quando estas promovam valores conservadores. Há uma série de observações pertinentes que decorrem disso. Dentre elas, destaca-se a da dificuldade prática de operacionalização desse método, isto é, de se definir com precisão o que os constituintes esperam como a aplicação adequada de uma disposição constitucional de modo a replicar-se isso a um problema surgido séculos depois. De fato, essa atividade de definição do sentido original envolve margens que, presumivelmente, são substancialmente maiores que as de definição de quais seriam os valores socialmente compartilhados e que embasariam uma leitura evolutiva das disposições constitucionais. Tamanha dificuldade fez que o então membro da Suprema Corte norte-americana William Brennan tachasse o originalismo de *pouco mais que arrogância disfarçada de humildade* (1986, p. 435).

Além disso – e de forma conectada - a conclusão de que esse método de interpretação envolve formas escamoteadas de criatividade, as quais se busque descrever como o entendimento original das disposições constitucionais, faz com que, conforme argutamente observam Post e Siegel (2006, p. 561), o originalismo, em verdade, não passe de uma forma de aplicação da teoria da Constituição viva voltada à afirmação judicial dos valores do conservadorismo atual. Por fim, no que diz respeito a direitos fundamentais, esse cenário levou autores como Ronald Dworkin (2009, p. 182) e Frank Michelman (2006, p. 153) a rechaçarem como um todo a classificação entre direitos enumerados e não enumerados, sustentando ser ela apenas uma forma de se levantar uma aura de suspeição a respeito da validade jurídica dos direitos que se decidam tachar como não enumerados.

De toda forma, além das já apontadas deficiências dessa teoria, concorda-se com o entendimento de Jack Balkin (2009, p. 15), de que a falha mais grave dessa corrente interpretativa é considerar todas as decisões sobre matéria constitucional hoje vistas pela esmagadora maioria da sociedade norte-americana como conquistas básicas são, em verdade, meros equívocos, cuja razão única de respeito seria o princípio da vinculação aos precedentes judiciais. Uma aceitação geral dessa visão produziria alienação popular em relação ao direito constitucional, não mais visto como um empreendimento coletivo de demarcação dos valores fundamentais que contribuirão para guiar a sociedade, mas sim como um veículo de manutenção de outros valores, supostamente reputados fundamentais por um grupo de homens falecidos séculos atrás. Prescrever esse modelo como ideal parece altamente danoso ao ideal de auto-determinação popular.

3. A CRIATIVIDADE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DE PAÍSES DE CIVIL LAW

Conforme ensina Luís Roberto Barroso, o direito constitucional do mundo romano-germânico passou por profundas mudanças a partir da segunda metade do século XX. Em sua visão, esse ramo jurídico passou por um processo de americanização, materializado pela adoção de Constituições entendidas como dotadas de normatividade, de sistemas de jurisdição constitucional e da sofisticação de métodos de interpretação (2009, p. 23). Essas alterações caminharam de mãos dadas com o surgimento, em âmbito doutrinário, da teoria neoconstitucionalista. Tal corrente incorpora noções oriundas do direito comparado que favorecem a criatividade judicial, como a de normatividade dos princípios e a categoria conceitual dos chamados casos difíceis, compreendidos como aqueles cuja solução não se encontra previamente acabada no ordenamento jurídico, mas sim precisa ser construída argumentativamente pelo intérprete diante do caso concreto.

Embora o referido fenômeno de aproximação seja real, não se pode conferir a ele um caráter absoluto, ou suficiente para explicar por completo o novo direito constitucional existente no Brasil, ou outros países de *civil law*. Centrando-se a análise no tema do desenvolvimento judicial do direito, em primeiro lugar, não houve, um movimento de adoção formal do *stare decisis* nos países de tradição romano-germânica, embora Alexy afirme que, no âmbito continental europeu, os precedentes tenham adquirido uma maior relevância fática (2013, p. 267). Ademais, há que se ter em conta, de um lado, as peculiaridades e tradições do pensamento jurídico local, que repercutem sobre o desenvolvimento judicial do direito e, de outro, a adoção de novos mecanismos estranhos à tradição estadunidense e que, nada obstante, encerram outras e novas formas de criatividade judicial. Quanto aos últimos, o caso mais evidente é o da possibilidade de tutela jurídica das omissões inconstitucionais (BARROSO, 2012, p. 158).

Isso não significa, contudo, que o fenômeno do desenvolvimento judicial do direito seja encarado com naturalidade, mesmo pelos próprios membros do Tribunal. Assim, com relação às influências passadas sobre o entendimento atual a respeito da atividade criativa desempenhada pelos juízes, é indispensável a referência a tese jurisprudencial iniciada pouco antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, mas que até hoje persiste, inclusive no próprio Tribunal - embora não de forma isenta de questionamentos. Trata-se da doutrina do legislador negativo, primeiramente empregada pelo Ministro Moreira Alves⁹. A expressão foi cunhada por Hans Kelsen, designando a circunstância de que, ao desempenhar o controle de

9 Brasil. Supremo Tribunal Federal. Rp. nº 1417. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 15/04/1988. O precedente versa sobre questionamento da constitucionalidade do art. 65, § 3º, da Lei Orgânica da Magistratura, introduzido pela Lei Complementar nº 54/86. Em suma, o dispositivo permitia que tribunais federais e estaduais conferissem a seus membros auxílios moradia e alimentação diretamente com base na lei complementar, de forma incompatível com normas constitucionais que exigiam a edição de leis ordinárias de iniciativa privativa do Presidente da República, no âmbito federal, e das Assembleias Legislativas, no nível estadual, para aumentos de despesas via atribuição de benefícios pecuniários no âmbito do poder judiciário. Por conta disso, o Procurador Geral da República ajuizou representação de inconstitucionalidade, em que pedia a interpretação conforme à Constituição do referido dispositivo, para que se fixasse o entendimento de que este implicitamente fazia menção à necessidade de edição de lei ordinária para a concessão dos auxílios, os quais somente passariam a ser praticados uma vez cumprido tal requisito. A menção à expressão legislador negativo nesse precedente relaciona-se à compreensão do Ministro Moreira Alves acerca dos limites de atuação da Suprema Corte quando do manejo da técnica da interpretação conforme à Constituição. Segundo o Ministro relator, ao empregá-la, o Tribunal deve cingir-se a atuar de forma negativa, isto é, meramente eliminando sentidos interpretativos incompatíveis com o texto constitucional, sendo vedada a criação de novos sentidos. Para Alves, os limites ao uso da técnica são o texto da lei e o sentido que pretendeu conferir-lhe o legislador.

constitucionalidade, os Tribunais limitar-se-iam a retirar leis e demais atos normativos do sistema jurídico. Isso equivaleria à criação de uma norma jurídica com sinal trocado, na medida em que o seu efeito seria apenas o de eliminar do sistema jurídico outra norma, e não de agregar novos conteúdos ao direito, o que seria uma atividade criativa em sentido positivo, como tal reservada ao parlamento¹⁰.

A despeito da sobrevivência dessa linha de entendimento no âmbito do STF, este, ao mesmo tempo, prolata com frequência decisões que, inequivocamente, encerram dimensões criativas. Nessa linha, vale mencionar a interpretação ampliativa da garantia ao silêncio dos acusados em processos criminais (CF/88, art. 5º, LXIII), de forma a englobar, inclusive, um direito a negar falsamente acusações. Essa prerrogativa é expressão de um direito geral à não auto-incriminação, que, embora não enumerado, foi expressamente reconhecido pela Corte no mesmo julgado em que interpretou ampliativamente a garantia de permanecer calado¹¹. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foi reconhecido um direito fundamental não escrito no texto constitucional ao esquecimento, tendo sido este extraído da cláusula de proteção à dignidade da pessoa humana e da cláusula positivadora do direito à privacidade¹².

Diversas outras altas Cortes de países de *civil law* reconheceram direitos fundamentais não enumerados. A título exemplificativo, no Peru, considerou-se haver um direito não escrito à água potável, por expressão do princípio do estado social e, também, da dignidade humana. No caso concreto que deu origem à decisão, houve corte no fornecimento de água por não pagamento do serviço, o que foi considerado inconstitucional, por violação a esse direito¹³. Na França, foi declarada inconstitucional projeto de lei, segundo o qual era admissível que estabelecimentos privados de ensino – inclusive de cunho confessional – apenas contratassem funcionários considerados como de “perfil próprio” (*caractère propre*). O Conselho Constitucional entendeu que tal autorização permitiria que os dirigentes dos centros de ensino negassem contratações de professores por razões de divergência filosófica, o que seria inconstitucional ao violar a liberdade de cátedra, direito não contido no texto constitucional francês¹⁴.

Esses cenários jurisprudenciais de criação judicial se manifestam, por evidente, em sistemas de *civil law*. Isso significa que a atividade criativa dos juízes não ocorre através dos constrangimentos das ferramentas de aderência aos precedentes, tais como *distinguishing e overruling*, típicas do *common law* e já abordadas no tópico antecedente. Não é formalmente necessário se enfrentar um ônus argumentativo para se decidir um caso em sentido distinto de outro anterior, o que, na prática, favorece uma criatividade ainda maior à praticada pelo outro

10 Não se concorda com a referida linha jurisprudencial. Uma leitura atenta à obra de Kelsen (2007, p. 169) revela que a sua construção teórica da figura do legislador negativo pressupõe um modelo específico de Constituição e de Tribunal Constitucional. Neste sentido, o autor sustenta a ausência de normatividade de normas de direito fundamental. Para ele, a atividade de interpretação e aplicação de enunciados normativos dessa natureza envolveria inegavelmente uma atuação de natureza criativa em sentido positivo pelas Cortes, dada a vagueza de cláusulas como liberdade e igualdade. A formulação da tese do legislador negativo representa um modelo prescritivo de como deve ser, em sua visão, a jurisdição constitucional, e não um limite inerente de todo e qualquer órgão jurisdicional que realize controle de constitucionalidade. Ademais, é aspecto conhecido de sua teoria da interpretação que essa atividade demanda do juiz o desempenho de uma atividade de natureza volitiva, e não meramente cognoscitiva.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 68929/SP, Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 28/08/1992.

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1334097/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ de 10/09/2013.

13 Peru. Corte Constitucional. EXP. N.º 06534-2006-PA/TC. Julgado em 15/07/2007.

14 França. Conselho Constitucional. Décision nº 84-185 DC Julgado em 18/01/85.

sistema. A despeito desse cenário, como visto, ainda se verifica na prática jurisprudencial manifestações da visão de que a judicatura não envolve um desenvolvimento do direito, mas sim apenas uma interpretação que tivesse por finalidade revelar o conteúdo do direito¹⁵.

Isso revela uma insinceridade judicial, na medida em que não é factível crer que qualquer membro de uma Corte altamente criativa ignore por completo essa dimensão de sua atuação. Vale mencionar que a sinceridade ou franqueza judicial (*judicial candor*) é um valor debatido e disputado no âmbito da teoria geral do direito. Dentre os autores que negam esse valor, Martin Shapiro (1994, p. 156) sustenta que, ao criar a solução do caso concreto – algo em certas hipóteses inevitável¹⁶ – o juiz, na prática, está escolhendo qual das partes litigantes vencerá e qual perderá, hipótese na qual deverá mentir e proferir uma decisão de forma a parecer que apenas aplica um direito prévio ao caso. A sugestão a essa postura pode ser explicada por constituir uma forma de se atender à expectativa social de, ao ser parte em juízo, ter o seu caso apreciado em conformidade com “o direito”, compreendido como um conjunto normativo existente de forma anterior ao momento de julgamento. Além disso, outra razão conectada à anterior é a de se promover uma concordância da parte vencida com o teor da decisão. Já David Shapiro (1987, p. 736) sustenta que uma visão como tal indica uma ausência velada de respeito em relação àquele em desfavor de quem se decide, como se este não fosse capaz de lidar com a verdade. Além disso, o autor considera que é implícito ao dever de que as decisões judiciais sejam motivadas, que as razões apontadas não sejam falsas. Do contrário, as restrições que as Constituições e textos normativos impõem aos julgadores perderiam a relevância.

O fundamento apresentado por Martin Shapiro, como se vê, pressupõe estar-se diante de um processo subjetivo, com partes em sentido tradicional. No que diz respeito a processos objetivos, as observações de David Shapiro parecem se aplicar corretamente. Além disso, as noções de deliberação interna e externa acima apresentadas, bem como de diálogos constitucionais (BRANDÃO, 2013) também parecem apontar para uma necessidade de se prover motivações francas a decisões tomadas em processos objetivos a respeito do controle de constitucionalidade e da interpretação constitucional. O diálogo entre instituições apenas poderá ser profícuo se as partes dialogantes estiverem de boa-fé quanto às razões que apresentem para as suas ações. Da mesma forma, o caráter deliberativo de decisões tomadas por órgãos colegiados também exige, idealmente, que as discussões travadas entre os julgadores transcorram com sinceridade a respeito do que se compreende como interpretações razoáveis do direito vigente. Em escala macro, a deliberação da sociedade a respeito do sentido da Constituição também se beneficia de forma imensurável de que as leituras desta feitas pelos seus intérpretes judiciais mais elevados sejam francas e explícitas.

Por outro lado, retomando-se o debate a respeito da não existência de um princípio de *stare decisis* no direito brasileiro, deve ser pontuado que a mencionada ausência de um dever de adesão a precedentes no direito brasileiro tenha passado por uma relativização, com a adoção do efeito vinculante a decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade

15 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RE nº 231924/PR. DJ de 20/06/2011, Rel. Min. Ricardo Lewandowski: “Jurisdizer não pode implicar legislar. Jurisdizer é dizer o direito que se contém na lei ou na Constituição. Jurisdizer não é juriscrir” (dito proferido por Ministro em debate travado durante o julgamento do recurso).

16 Tal situação de ausência é especialmente evidente nas hipóteses de colisões entre princípios, cuja aplicação envolve um processo de atribuição de pesos no caso concreto pelos juízes, o que exige a produção no momento de julgamento de uma solução que não se encontra pronta no ordenamento (ALEXY, 2008).

por via direta, bem como de súmulas vinculantes, cujo descumprimento, em ambos os casos, enseja a reclamação constitucional. Para essas hipóteses, passam a incidir as dificuldades mencionadas a respeito de o que constitui a parte dispositiva da decisão, os seus motivos determinantes e ditos de natureza secundária. O modelo de votação praticado por nossa Suprema Corte não fomenta uma clareza com relação a esses elementos, já que os acórdãos constituem meras colagens dos votos, precedidas de uma ementa, que nem sempre corresponde à visão majoritária da Corte, a qual em muitos casos tende a sequer ser identificável¹⁷.

Com relação a esse ponto, é pertinente a observação de Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 220), para quem meras alterações regimentais já poderiam ao menos atenuar esse problema, não se dependendo de grandes reformas constitucionais, ou da tentativa de importação de modelos estrangeiros. O autor questiona o arranjo atual, pelo qual os Ministros mais antigos da Corte, presumivelmente mais experientes, votem por último, só vindo a se saber seu entendimento quando majorias já foram atingidas. A não circulação prévia de votos, como o do relator, bem como a inexistência de previsão regimental de um momento anteriores à votação destinado à deliberação, também constituem objeto de crítica. Tudo isso é agravado pela conhecida sobrecarga de trabalho de que padece o Supremo Tribunal Federal.

Afora essas hipóteses relativamente novas e ainda passíveis de aperfeiçoamentos, não há outros cenários em que haja, formalmente, um dever de vinculação expressa a precedentes tomados no âmbito da jurisdição constitucional. Saindo-se desse cenário, nos sistemas de civil law, tradicionalmente, é depositada apenas nos vocábulos inseridos nos textos normativos a credencial de limite da atividade interpretativa. É o que se denomina respeito à *literalidade mínima* dos textos normativos. Esse é um limite que será tão mais frouxo, quanto maior for a vagueza do enunciado em questão. Entretanto, a prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal revela que esse alegada fonte de constrição é ineficaz.

Um exemplo relevante e recente nessa seara é o da decisão tomada pelo STF no âmbito da ADI nº 4424, de relatoria do Ministro Marco Aurélio¹⁸. A ação foi ajuizada pelo PGR, que pediu a interpretação conforme à Constituição dos artigos 12, I, 16 e 41 da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Em suma, tais dispositivos estabelecem que a ação penal em hipóteses de lesões corporais enquadráveis como violência doméstica disciplinadas por essa lei são de tipo pública condicionada a representação. Pediu-se, nessa ADI, que, mediante o uso da interpretação conforme à Constituição desses dispositivos, se fixasse a natureza

17 Um exemplo nesse sentido é o da dificuldade de definição da *ratio decidendi* e de argumentos *obiter dictum* no âmbito da ADPF 130, a qual declarou a não recepção integral da lei de imprensa. A arguição teve como relator o Min. Ayres Britto, o qual, na ementa da decisão, apresentou uma visão maximalista da liberdade de expressão. Embora seja razoável esperar que as afirmativas constantes da ementa dos acórdãos não constituam fundamentos não determinantes ao desfecho da decisão, esse foi o entendimento posterior do Min. Cezar Peluso. Este negou reclamação por suposto descumprimento dos motivos determinantes da ADPF 130, afirmando que as declarações constantes da ementa da Arguição e usadas como fundamento da reclamação constituiriam meramente a opinião do relator. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Rcl 9428/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 24/06/2010: “Ora, não se extraem do acórdão da ADPF n 130 motivos determinantes, cuja unidade, harmonia e força sejam capazes de transcender as fronteiras de meras opiniões pessoais isoladas, para, convertendo-se em rationes decidendi determinantes atribuíveis ao pensamento da Corte, obrigar, desde logo, de maneira perene e peremptória, toda e qualquer decisão judicial acerca dos casos recorrentes de conflito entre direitos da personalidade e liberdade de expressão ou de informação. (...) Daquele acórdão nada consta a respeito desse conflito. Salvas as ementas, que ao propósito refletem apenas a posição pessoal do eminente Min. Relator, não a opinião majoritária da Corte (...)”.

18 Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4424, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 31/07/2014.

incondicionada da ação penal nas hipóteses de que trata essa lei. O pedido foi acolhido com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, bem como no art. 226, § 8º, da CF/88, que dispõe sobre a assistência estatal à família com o intuito de coibição da violência familiar. Além de a questão parecer se incluir no âmbito de uma margem de conformação do legislador e de uma escolha de política criminal, não se respeitou o sentido literal mínimo do vocábulo “pública condicionada a representação”, mas sim, apenas, substituiu-se essa modalidade de ação penal por outra que, conforme a valoração do STF, seria mais apropriada a esse tipo de delito.

A decisão acima constitui exemplo do que a doutrina italiana denominou sentenças substitutivas. Por meio desse tipo de técnica de decisão, a Corte declara um dispositivo inconstitucional ao expressar uma norma no lugar de outra, essa sim decorrência da Constituição e que passa a dever ser aplicada (GUASTINI, 2007, p. 286). A verdade, contudo, é que a Constituição não impõe a solução adotada pelo STF ao caso. Ao que parece, portanto, a literalidade do texto constitucional e do diploma legislativo em questão foram colocadas em segundo plano.

Há, ainda, casos em que a atividade criativa do Tribunal se materializou não no objeto de controle de constitucionalidade, mas sim no próprio texto constitucional. Uma das decisões mais conhecidas da Corte que assim procedeu foi a tomada no âmbito do MS 26604¹⁹, em que se criou uma nova hipótese de perda do mandato parlamentar, decorrente da chamada infidelidade partidária. Essa solução foi motivada através da menção a proposições constitucionais vagas, como o princípio da soberania popular e da representação mediante a participação dos partidos políticos. Com relação à criatividade contida na decisão, é emblemático trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, no qual, a despeito do reconhecimento expresso da taxatividade do texto constitucional no que diz respeito aos casos de perda do mandato parlamentar, afirmou que seria possível ao STF criar uma nova hipótese, por atuar a Corte, em seus pronunciamentos, como um *poder constituinte permanente*.

Os exemplos mencionados expõem que o postulado doutrinário de aderência à interpretação literal dos textos não tem se prestado à finalidade de constranger a atuação criativa da Suprema Corte. Contudo, a despeito de algumas de suas decisões parecerem encerrar certos excessos hermenêuticos, ainda que se desejasse adotar uma postura autocontida e de vinculação aos textos, esse limite provar-se-ia insuficiente. É que, por maior a clareza que se busque obter, os vocábulos escolhidos frequentemente não possuirão sentidos unívocos, produzindo situações de ambiguidade.

No campo constitucional, esse limite seria ainda mais frágil. Afinal, é típico das Constituições que suas disposições sejam vagas. Ademais, como leciona Jane Reis, no que tange às normas constitucionais, envolvem estas, frequentemente, uma dimensão de moralidade, cuja desconsideração inviabilizaria a própria atividade de interpretação da Constituição. Ensina a Professora que, não raro, o recurso a valores substantivos está na essência das discussões atinentes a direitos fundamentais (2006, p. 67). Em suma, a interpretação literal é insuficiente, sobretudo na interpretação constitucional, em virtude da frequência com que disposições vagas são positivadas. As meras repetições, de um lado, pela doutrina, de que a literalidade é o limite da interpretação e, de outro, pelos Tribunais, de que são legisladores negativos, tendem, no fundo, apenas a agravar um estado de criatividade judicial sem parâmetros. A forma através da qual acredito que esse cenário possa progredir

19 BRASI, Supremo Tribunal Federal. MS nº 26604/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia. DJ de 03/10/2008.

será esboçada no tópico abaixo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentados os aspectos principais concernentes ao desenvolvimento judicial do direito no *civil e common law* e suas críticas, passa-se, em etapa de conclusão, à apresentação de algumas considerações atinentes à legitimidade da atuação criativa nesses sistemas, bem como a alguns critérios de aprimoramento normativo dessa prática. Com relação ao *common law*, não é necessário se deter de forma acentuada em qual das teorias apresentadas é mais precisa em descrever a prática jurídica norte-americana, ou de outros países que adotem esse modelo. A pergunta que parece mais relevante é a de qual dessas vertentes teóricas é, do ponto de vista prescritivo, a que melhor se amolda às exigências de uma democracia constitucional. A resposta que se passa a apresentar independe de a Constituição em questão se inserir em uma tradição de *common* ou *civil law*.

Entendo que a resposta seja a de concepções, segundo as quais o desenvolvimento do direito pela via judicial tenha como parâmetro um não descolamento excessivo dos textos normativos, mas sim que conviva com atualizações do seu sentido. Uma teoria sobre o constitucionalismo que não envolva sequer uma pretensão de adesão aos textos positivados pelos constituintes originário e derivado padece de um déficit insuperável de legitimação democrática, ao conferir autoridade excessiva e irrestrita aos juízes para estipularem o conteúdo do direito constitucional vigente. Como é sabido, Constituições rígidas contam com a pretensão, por parte de seus elaboradores, de durabilidade, sendo essa uma das razões de os enunciados normativos serem positivados em uma linguagem vaga, que permite leituras distintas ao longo do tempo.

Isso significa que o parâmetro literalidade é, por essência, insuficiente para impor limites à interpretação constitucional. Acredito que a forma mais honesta e eficaz de se lidar com isso seja a de reconhecer que o fenômeno da interpretação não é capaz de, isoladamente, explicar o fenômeno do desenvolvimento judicial do direito constitucional. É preciso que se acrescente a noção de construção constitucional, a qual se manifesta em momento subsequente ao de aclaramento do sentido dos enunciados normativos, verdadeiramente expandindo as normas constitucionais para domínios não ditados pelo texto (v. nota de rodapé 1). Embora padeçam de uma não decorrência direta do texto constitucional, as construções devem ser elaboradas de boa-fé, isto é, constituindo uma expansão do direito constitucional vigente, que razoavelmente se amolde ao texto e que seja permeável às críticas e elogios da opinião pública (BALKIN, p 54). Essa abertura permite que os pronunciamentos da Corte sejam socialmente compreendidos como abertos a rediscussões futuras, sendo esses o arranjo que melhor parece se amoldar às democracias constitucionais.

Já em termos de metodologia jurídica empregada na criação, o *common law* é defendido pela doutrina anglo-saxã como o mais indicado a conciliar esse desejo de adaptação, isto é, de permitir respostas que pareçam as mais justas a novas demandas, com valores como previsibilidade e estabilidade do direito, caros ao *rule of law* (WALUCHOW, 2007, p. 127). Independente de se concordar ou não com esses autores, é inegável que a aplicação jurisdicional da Constituição no Brasil hoje pode avançar em termos de esforço justificatório, bem como em termos de uniformidade e estabilidade das decisões proferidas.

Nessa ótica, embora haja defesas doutrinárias da adoção de um sistema de vinculação

a precedentes no Brasil na esfera processual civil em geral (MEDINA, FREIRE e FREIRE, 2014, p. 682) não considero necessária a importação de um *common law à brasileira* para se atingir melhoras nesses aspectos, ao menos em matéria constitucional²⁰. Com efeito, caso o STF deseje estabelecer uma vinculação em relação a um entendimento seu firmado em decisões que não de controle direto de constitucionalidade – dentre os quais pode se incluir a elaboração de construções constitucionais - já possui o instrumento necessário para fazê-lo, qual seja, a edição de súmulas vinculantes. O emprego desse mecanismo em conformidade com o texto constitucional impõe, como é sabido, a existência de uma pluralidade de decisões em mesmo sentido. Isso confere reiteradas oportunidades para que o Tribunal teste e amadureça seu entendimento a respeito de uma questão constitucional controvertida, adotando, ao final, o entendimento vinculante, que somente poderá ser superado se enfrentado e satisfeito o procedimento de cancelamento da súmula. Considerando que, no *common law*, um precedente é suficiente para se gerar a vinculatividade, em tese, o modelo das súmulas vinculantes, ao exigir um entendimento mais bem firmado ao longo de diversos julgados, pode propiciar um ganho em termos de prudência.

REFERÊNCIAS:

- ACKERMAN, Bruce. The Living Constitution, *Harvard Law Review*, v. 120, n. 7, p. 1757-1792, 2007 .
- ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BALKIN, Jack M. Framework Originalism and the Living Constitution, *Northwestern University Law Review*, v. 103, n. 2, 2009, p. 549-614.
- _____. Fidelity to text and principle. In: BALKIN, Jack M. e Siegel, Reva (Coords.), *The Constitution in 2020*. Oxford: Oxford University, 2009, p. 15-24.
- BARNETT, Randy. Foreword: Unenumerated constitutional rights and the rule of law, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 14, 1991, p. 615-643.
- BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Interesse Público*, v. 59, p. 13-56, 2010.
- _____. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.
- BENVENISTI, Eyal. Margin of appreciation, consensus, and universal standards, *International law and politics*, v. 31, 1999, p. 843-854.
- BORK, Robert H. *The tempting of America*. New York: Touchstone, 1990.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Suprema judicial versus diálogos constitucionais: quem tem a última palavra na interpretação da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 1334097/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ de 10/09/2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 68929/SP, Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 28/08/1992.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rp. nº 1417. Rel. Min. Moreira Alves. DJ de 15/04/1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 231924/PR. DJ de 20/06/2011, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

20 O fato de não se considerar necessária não quer dizer que se esteja rechaçando a ideia, a qual, apenas, não constitui objeto de investigação do precedente estudo.

- _____. Law's empire. Cambridge: Harvard University, 1986.
- CALABRESI, Guido. A Common Law for the Age of Statutes. CAMBRIDGE: Harvard University, 1982.
- ETZIONI, Amitai. The Spirit of the Community: Rights, Responsibilities and the Communitarian Agenda. New York: Crown, 1996.
- FRANÇA. Conselho Constitucional. Décision n° 84-185 DC Julgado em 18/01/85.
- FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication: Lessons from Europe, Texas Law Review, v. 82, n. 7, 2004, p. 1671-1704.
- FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review, Texas Law Review, v. 84, 2005, p. 257-337.
- GLENN, Patrick. Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law 2010. (v. amazon).
- GUASTINI, Riccardo. A 'constitucionalização' do ordenamento jurídico e a experiência italiana. In: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (Coords.), A Constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- HIRSCHL, Ran. Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University, 2014.
- JR, William J. Brennan. The constitution of the united states: contemporary ratification, South Texas Law Review, v. 27, n. 3, 1986, p. 433-446.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. Jurisdição constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2007,
- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. Devido processo legal substantivo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.
- MASSEY, Calvin R. Federalism and Fundamental Rights: The Ninth Amendment, Hastings Law Journal, v. 38, 1987, p. 305-344.
- MERRILL, Thomas. Burke v. Bork, Harvard Journal of Law and Public Policy, v. 19, n. 3, 1995, 509-523.
- MERRYMAN, John Henry e PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. The Civil Law Tradition: An introduction to the legal systems of Europe and Latin America. Stanford: Stanford University, 2007.
- MACCORMICK, Neil. Rhetoric and the rule of law. Oxford: Oxford University, 2009.
- MACCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. Interpreting Precedents. Londres: Dartmouth Publishing Company, 1997.
- MARSHALL, William. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism, University of Colorado Law Review, v. 73, 2002, p. 101-140.
- MEDINA, José Miguel Garcia, FREIRE, Alexandre e FREIRE, Alonso. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto de novo código de processo civil brasileiro. In: FREIRE, Alexandre et al. (Coords.) Novas tendências do processo civil, v. 1. Bahia: Jus Podivm, 2013, p. 677-700.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MICHELMAN, Frank. Unenumerated Rights under Popular Constitutionalism, Journal of Constitutional Law, v. 9, n. 1, 2006, 121-153.
- NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ÖRÜCÜ, Esin. What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion? , Electronic Journal of Comparative Law, v. 12, n. 1, 2008, p. 1-18.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Peru. Corte Constitucional. EXP. N.º 06534-2006-PA/TC. Julgado em 15/07/2007.

POST, Robert. *Constitutional Domains*. Cambridge: Harvard University, 1995.

POST, Robert e SIEGEL. *Reva. Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution*, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006, p. 545-574.

_____. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, n. 2, 2007, p. 373-434.

RUBENFELD, Jed. *The new unwritten constitution*, *Duke Law Journal*, v. 51, n. 1, 2001, p. 289-305.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade*. In: Marcelo Novelino (Coord.), *Leituras Complementares de Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podivm, 2009, v. , p. 31-68.

SARMENTO, Daniel e NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SARTORI, Giovanni. *Constitutionalism: a preliminary discussion*, *The American Political Science Review*, v. 56, n. 4, 1962, p. 853-864.

SCALIA, Antonin. *Common-law Courts in a Civil-law System*. In: Amy Gutmann (Coord.), *A Matter of interpretation*. Nova Jersey: Princeton University, 1997, p. 3-47.

_____. *Originalism: the lesser evil*, *University of Cincinnati Law Review*, v. 57, 1989 p. 849-866.

SHAPIRO, David L. *In defense of judicial candor*, *Harvard Law Review*, v. 100, 1987, p. 731-750.

SHAPIRO, Martin. *Judges as liars*, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 17, 1994, p. 155-156.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*, *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, 2009, p. 197-227.

STRAUSS, David. *The irrelevance of constitutional amendments*, *Harvard Law Review*, v. 114, n. 1, 2001, p. 1457-1505.

_____. *Common law constitutional interpretation*, *University of Chicago Law Review*, v. 63, n. 3, 1996, p. 877-935.

SUNSTEIN, Cass. *Second-Order Perfectionism*, *Fordham Law Review*, v. 75, n. 6, 2007, p. 2867-2883.

TRIBE, Laurence H. e DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

VERMEULE, Adrian. *Common law constitutionalism and the limits of reason*, *Columbia Law Review*, v. 107, n. 6, 2007, p. 1482-1532.

WALUCHOW, Will J. *A Common Law Theory of Judicial Review*, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, v. 1, 2007, p. 117-139.

WHITTINGTON, Keith. *Constructing a new american constitution*, *Constitutional Commentary*, v. 27, n. 1, 2010, p. 119-137.