A VOCAÇÃO CONTEMPORÂNEA PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: ALGUNS ASPECTOS DA CONSTITUIÇÃO COMO SUPORTE INTERPRETATIVO DAS LEIS E CÓDIGOS – O CASO DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

THE CONTEMPORARY VOCATION FOR THE RIGHT CONSTITUTIONALIZATION: SOME ASPECTS OF CONSTITUTION AS AN INTERPRETATIVE SUPPORT OF RULES AND CODES – THE INTERPRETATION CASE ACCORDING TO THE CONSTITUTION

André Ramos Tavares*

Recebido para publicação em agosto de 2005

Resumo: O presente trabalho pretende analisar a figura hodierna da Interpretação conforme. Seu percurso abarca, é certo, questões triviais, como a de seu conceito, aplicação e distinção de outras modernas formas "interpretativas' do texto constitucional. Mas, mais do que isso, pretende suscitar algumas ponderações, perturbações doutrinárias, acerca de sua relevância no momento chave em que se encontra a figura da Constituição: a sua contestação pela doutrina democrática e o movimento de constitucionalização do Direito.
Palavras-chave: Direito Constitucional. Constitucionalismo. Hermenêutica Constitucional. Controle de Constitucionalidade.

Abstract: The present essay intends to analyze the specific figure of the interpretation in accordance to the Constitution. In order to do so, the essay will discuss about trivial aspects of the interpretation in accordance to the Constitution, such as its concept, applicability and distinctions with other forms of interpretation of the Constitution. Furthermore, the present paper will try to instigate an academic debate about the relevance of the instrument hereby analyzed in the peculiar moment that the Constitution lays: its contestation by the democratic doctrine and the process of constitutionalization of the law.
Key Words: Constitutional Law. Constitutionalism. Constitution Interpretation. Judicial Review.

1. A idéia de supremacia

Imprescindível se mostrou, desde a concepção constitucional, a consubstancial supremacia desse novel código escrito em face das outras espécies normativas[1]. No exaustivamente mencionado *case* Marbury vs. Madison, imputar-se-á à Constituição, a inexorável nota de sua supremacia (juntamente com a possibilidade de o Judiciário realizar direta e imediatamente o controle de constitucionalidade dos atos normativos infraconstitucionais, assegurando-se, assim, "concretamente", a referida supremacia da Constituição):

"The constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary

*Professor dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da PUC/SP. Livre-Docente em Direito pela USP. Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.

"If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.

"Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void.

"This theory is essentially attached to a written constitution, and is, consequently, to be considered, by this court, as one of the fundamental principles of our society. It is not therefore to be lost sight of in the further consideration of this subject."[2].

Desnecessário dizer-se que o efeito imediato dessa concepção foi a submissão das leis e atos do mundo normativo à verificação de sua compatibilidade com a Constituição, no que se incluiriam todos os códigos. Ato subseqüente, o modelo do Estado legalista entra em crise, com a lei perdendo a sua exclusividade enquanto fonte de produção do Direito.

Na concepção positivista, a Constituição será, doravante, fonte do Direito (constitucional) e também conjunto normativo que disciplina as demais fontes do Direito.

2. A interpretação conforme a Constituição

Como consectário lógico do princípio da supremacia da constituição, tem-se que a interpretação de toda e qualquer norma, ainda que infraconstitucional, haverá de ter como parâmetro a Constituição. Nesse sentido, Celso Bastos, ao discorrer acerca da inicialidade fundante das normas constitucionais:

"De evidentes implicações a fundamentar o caráter distintivo da interpretação constitucional é o fato de ser a Constituição o fundamento de validade último de todas as demais normas do ordenamento jurídico. Assim, mesmo que se trate de auferir o sentido de uma norma da legislação ordinária, proceder-se-á buscando elementos na Constituição" (Bastos, 1999: 52-53).

Em outras palavras, a Constituição apresentaria um papel de *standard interpretativo*. É nesse sentido que muitos doutrinadores, apressadamente, apresentam a *interpretação conforme* como um método peculiar de interpretação constitucional (cf. Bastos, 1999: 171), inserindo-a dentre as modernas técnicas de interpretação constitucional.

Tal raciocínio apresenta uma dupla falha: a primeira, logo abaixo examinada, residiria em considerar a denominada *interpretação conforme* como um caso puro de interpretação; a outra, analisada mais adiante, está no fato de se associar a *interpretação conforme* à idéia clássica de supremacia constitucional.

3. Onde há interpretação na "interpretação conforme a Constituição"?

A interpretação conforme à Constituição haveria de ser melhor entendida como um método de trabalho desenvolvido dentro da atividade de controle de constitucionalidade, do que como, propriamente, uma mera fórmula interpretativa (cf. Tavares, 2003: 234). Isto porque a sua *ratio* de utilização se dá no Tribunal Constitucional (no caso de controle concentrado) e, até, nos diversos tribunais e instâncias existentes no seio do Poder Judiciário (na hipótese de controle difuso), quando da verificação de eventual (in)constitucionalidade de de-

terminado ato normativo, vale dizer, quando do exercício do que se pode chamar de vertente formal da Justiça Constitucional (Tavares, 2005). É, assim, uma técnica de decisão da Justiça Constitucional.

Pela *interpretação conforme a Constituição* enfatiza-se a supremacia desta, mas, de outra parte, reconhecem-se a legitimidade das leis e a relevância democrática de sua origem, de forma que sua anulação só venha a materializar-se quando única solução viável, vale dizer, como *medida* impositiva, última *ratio*. Portanto, a decisão que se utilizar desta técnica resultará, formalmente falando, na declaração de constitucionalidade (no Brasil) ou na declaração de não-inconstitucionalidade (como ocorre nos demais países).

Mas como deve ocorrer a utilização desta preciosa técnica?

Primeiramente, há de se dizer que sua utilização parte de um pressuposto kelseniano, qual seja, de que cada enunciado normativo apresenta diversos significados (moldura, cf. Kelsen, 1995: 388), e não, apenas, um único, que imporia uma apreciação maniqueísta de sua constitucionalidade, pois não se pode falar, como já observava Savigny (p. 85), que só se demande interpretação quando houver obscuridade.

Com efeito, cabe ao intérprete (no caso, ao Judiciário) verificar quais significados se encontram inseridos dentro da moldura, que é estipulada pela norma constitucional, e quais se situam fora desta moldura. Desnecessário dizer que há, aí, uma dupla tarefa, qual seja, a de estipular o significado da própria norma constitucional e, posteriormente, o de estipular os diversos significados da norma ordinária.

Ademais das próprias dificuldades que tal tarefa propicia, uma vez que a própria norma constitucional tem como tônica a indeterminação, o que é suficiente para engendrar, portanto, diversas significações, há de se respeitar, quando da realização desta atividade, limites tão ou mais obscuros que os significados resultantes da própria atividade interpretativa. Não há como negar-se que a tarefa interpretativa, contrariando a idéia constante do positivismo formalista, não é meramente mecânica. Em outras palavras, a interpretação não se afigura, simplesmente, como um ato de conhecimento, mas sim como um irresistível ato de vontade do próprio exegeta. Pela importância que assume a lição nas palavras de um autor como Kelsen, vale a referência:

"A idéia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do direito preexistente, é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação" (Kelsen, 1995: 393).

Sem embargo, não se pode admitir um ato de vontade absoluto, desenfreado, ilimitado. Fazê-lo seria trilhar as veredas da mais extremada subjetividade e, conseqüentemente, da insegurança. Nesse sentido, afigura-se essencial estabelecer determinados limites, conforme já dito alhures:

"A técnica, contudo, encontra limites, derivados tanto do âmbito literal da norma quanto da vontade (objetiva) do legislador ao aprovar a lei. Existem, também, limites lógicos ao uso da interpretação conforme à Constituição, não se admitindo que o julgador se substitua ao legislador, fugindo da literalidade da lei. (...) deve-se afastar a utilização desse recurso 'quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta'" (Tavares, 2003: 237).

Em outras palavras, não se pode pretender a inovação plena, quando da ativi-

dade exegética, distorcendo, de forma descompromissada e repudiável, o que consta do enunciado normativo escrito. Esta é a lição clássica de Savigny (p. 105), ao afastar os intentos de corrigir o próprio pensamento da lei, por meio da justificativa não-aceitável do valor intrínseco do conteúdo resultante dessa interpretação, que consistiria, como lembra o autor, numa tentativa de corrigir o próprio pensamento do legislador[3].

No âmbito específico da *interpretação conforme*, valem as ponderações elaboradas por Carlos Ayres Britto, quando de seu voto na ADPF 54, no sentido de que a *interpretação conforme* comporta duas etapas.

Na primeira fase, alcunhada como *pressuposto de admissibilidade*, deve-se promover, única e exclusivamente, a interpretação da lei, justamente para não forçar um conteúdo legal contra o próprio texto da lei.

O desencadear da segunda etapa ou fase processual da *interpretação conforme* está, por sua vez, condicionado ao resultado da fase prévia. O cotejo do texto normativo infraconstitucional com a Constituição, que compõe a etapa derradeira da *interpretação conforme*, somente será cabível se, da atividade exegética da lei (fase inicial), aferir-se, ao menos, duas compreensões dúplices ou plúrimas, não redutíveis a uma e única interpretação. Em outras palavras, na decorrência de um entendimento único ou, até, de entendimentos semelhantes, dever-se-á descartar *interpretação conforme*, em sua fase própria.

Evidentemente que a fragmentação intelectual completa dessa operação é inalcançável, mas a idéia é valida no sentido de alertar para que não se sucumba ao intento de tomar o lugar do legislador, fazendo-o com pretenso suporte na Constituição, o que não é de ser admitido.

É nesse sentido que se torna preciso o jogral semântico realizado pelo próprio Ministro, ao entender que a interpretação conforme não foi feita para *conformar* um dispositivo infraconstitucional à norma fundamental, mas, sim, para eliminar uma interpretação que lhe é desconforme.

Deixando de lado os limites a serem observados quando da utilização desta peculiar técnica de decisão, frise-se que a sua realizabilidade tem como fundamento precípuo assegurar a mantença e eficácia do ato normativo dentro do ordenamento jurídico, na medida em que se tem como assente a idéia de que a declaração de inconstitucionalidade, embora seja um profícuo remédio, apresenta-se, porém, repleto de nefastos efeitos colaterais, dentre os quais se poderia, aqui, pinçar o problema do vazio normativo decorrente da expulsão de um ato normativo do sistema, o qual pode ser mais danoso do que a sua própria manutenção, embora eivada de inconstitucionalidade[4]. Assim, a falta de outras alternativas pode, em muitas situações, compelir o S.T.F. a deixar de reconhecer a inconstitucionalidade, como quando a falta da lei (pela declaração de sua nulidade) criaria um vazio normativo insuportável e insuperável (Tavares, 2003: 230).

Por fim, há que se consignar, aqui, que esta técnica, originariamente, foi uma construção jurisprudencial-doutrinária. A "chancela" de legalidade, no Brasil, ocorreu com o advento da Lei 9.868, de 10/11/1999, a qual, em seu art. 28, § 1º, dispôs expressamente que:

"Art 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do *Diário Oficial* da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstituciona-

lidade, inclusive a *interpretação conforme a Constituição* e a *declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto*, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."

Há de se atentar para o fato de que o dispositivo em questão menciona dois instrumentos: (i) interpretação conforme a Constituição, e; (ii) declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Embora ambos apresentem efeitos semelhantes, não se pode considerá-los como sinonímias, como se procura demonstrar.

3.1.1. Interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto: elementos de distinção.

Poder-se-ia considerar, na *interpretação conforme*, embutida outra modalidade, a declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução do texto da norma impugnada. É que na primeira modalidade, conforme foi visto, eliminam-se as interpretações possíveis da norma objeto da ação que sejam incompatíveis com o sentido constitucional, o que a aproximaria, enquanto técnica, da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. Ademais, ambas produzem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante[5], como se verificou.

Sem embargo, há diferenças entre elas, e a mais importante está na caracterização e nos efeitos da declaração que cada uma dessas modalidades engendra. A interpretação conforme à Constituição, embora afaste as interpretações que se situam fora da "moldura" constitucional, não finda por declarar a inconstitucionalidade destas, mas, apenas, por considerar constitucional aqueles sentidos alocados dentro do liame constitucional. Em outras palavras, a resultante desta técnica é a declaração da constitucionalidade do ato normativo.

Na declaração parcial de inconstitucionalidade com nulidade, sem redução do texto, ocorre o contrário. As significações inconstitucionais decorrentes do enunciado normativo são terminantemente afastadas, por inconstitucionalidade. Isto é, declara-se a inconstitucionalidade, sem que, contudo, o enunciado normativo sofra qualquer alteração formal, exógena.

Em outros termos, a interpretação conforme a Constituição tem em sua mira as leituras possíveis do enunciado textual, afastando aquelas consideradas incompatíveis com a Constituição (esta, da mesma forma e previamente, interpretada). Daí que a decisão da Justiça Constitucional tenha de ser a de manter referido enunciado. Na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, ao contrário, trata-se da incompatibilidade com a Constituição de uma hipótese de aplicação (Anwendungsfälle) contida no texto (não em sua interpretação). É dizer, há uma referibilidade expressa do texto que padece de inconstitucionalidade. Daí que o afastamento não seja de uma interpretação, mas sim de um dos casos hipotéticos referidos pelo texto, o que demanda a declaração de inconstitucionalidade, e não de constitucionalidade (cf., nesse sentido: Mendes, 2000: 54-55).

A diferença, certamente, é sutil. Em termos práticos, a diferença residiria no resultado do controle de inconstitucionalidade. Em uma eventual ação direita de inconstitucionalidade, se se adotasse a interpretação conforme à Constituição, ter-se-ia a declaração de sua improcedência. Já, no caso da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, ter-se-ia a procedência parcial da ação direta de inconstitucionalidade.

Nada obstante, a debilidade da diferença faz-se sentir nas decisões do STF,

nas quais, por vezes, se aglutinam ambos os instrumentos. A título exemplificativo, veja-se a ADIn n. 2.652:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição e declarar que a ressalva contida na parte inicial deste artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos"[6].

4. A correlação entre supremacia da Constituição e a interpretação conforme: ponderações contemporâneas

A idéia da supremacia da Constituição, não apenas em sua formalidade, mas também enquanto uma carta norteadora dos valores do Estado ("neoconstitucionalismo"), apresenta como contraparte a existência de um guardião, de um órgão responsável pela realização do controle de constitucionalidade (o *judicial review* norte-americano ou o defensor da Constituição nos moldes austríacos).

A decantada natureza rígida de um texto não é suficiente, por si só, para assegurar a uma mera folha de papel o seu trono normativo autoprometido. Demanda-se, salutarmente, a existência de um órgão que seja capaz de reforçar a idéia de supremacia, atuando como um preciso fármaco contra corpos indesejáveis do sistema normativo.

É nesse sentido que se pode falar em uma consubstancialidade entre supremacia da constituição e controle de constitucionalidade. Apartado um do outro, tornam-se, isoladamente, corpos desfigurados, estéreis. No máximo, meras elucubrações teoréticas a servir para uma especulação confusa e imprópria.

O devir histórico, porém, trouxe questionamentos a este binômio *supremacia-controle*. A violência com que se dá o extirpamento de um corpo legal eivado de inconstitucionalidade do sistema jurídico, por vezes, é tão ou mais nefasta à saúde jurídica do que a sua manutenção.

Se não bastasse esta constatação, hodiernamente, há um levante acadêmico, quiçá ocidental, contra o exercício do controle de constitucionalidade e, por conseguinte, à idéia de supremacia da Constituição.

A bem da verdade, este levante, em via de regra, dirige-se contra os "heréticos" Tribunais Constitucionais, cuja atuação, forma de composição, em muito destoam da sistemática democrática (Cf. Tushnet, 1999: 194)[7].

Contudo, não se pode desconsiderar uma crítica recorrente à própria idéia de Constituição e sua rigidez, a qual constrangeria as gerações futuras à vontade das passadas, responsáveis (estas) pela elaboração da Constituição (Cf. Paine, s.d.: 42)[8]. Autores há que conclamam pela volta da *dignidade da legislação*, ainda que esta seja circunstancial, como Jeremy Waldron (2003: 5):

"O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter".

"Não estou convencido disso; mas não é minha intenção argumentar aqui contra a revisão judicial da legislação. Penso que é imperativo, porém, que tal reforma não seja empreendida sem uma percepção clara do que é valioso e importante na idéia de uma legislatura e da dignidade e autoridade que a legislação pode angariar".

Evidentemente que a assunção de uma teoria que afaste por completo os tribunais constitucionais deverá passar pela

construção, necessária, de uma nova teoria da Constituição, que ofereça respostas satisfatórias aos princípios constitucionais (valores sociais básicos), à inércia legislativa e, sobretudo, às minorias.

No bojo desta panela de pressão, surgem, então, as modernas técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, dentre as quais se apresenta como a de maior importância, a interpretação conforme à Constituição. Sua função é, propriamente, a de um mediador, permitindo uma convivência entre a Constituição e a legislação. Entre o elemento supostamente[9] rígido e o inovador.

Supera-se, aqui, portanto, uma idéia deveras leviana de que as modernas formas, quer sejam de interpretação quer sejam de decisão, nada mais seriam do que singelas saliências do controle de constitucionalidade. Em outras palavras, decorrências naturais deste processo de revisão judicial, que assim carregariam todas as mazelas a este processo atribuídas.

Muito pelo contrário. Trata-se de um elemento equacionador das novéis pressões produzidas pela sociedade jurídica, insatisfeita com as sendas que a clássica teoria da Constituição e do controle de constitucionalidade trilharam. Daí o termo moderno, que não guarda relação com um critério cronológico, mas sim com uma mudança paradigmática.

Nesse sentido, a *interpretação conform*e atua como um arrimo da idéia de supremacia da Constituição, pois, se não agrada, plenamente, aos oposicionistas, é capaz de manter uma sobrevida à idéia da supremacia da Constituição.

5. Conclusões na esteira da constitucionalização (informal) do Direito

Como já foi mencionado, a *interpretação conforme* apresenta uma função mediadora, pois permite que a concepção da supremacia constitucional conviva harmoniosamente com a legislação democraticamente forjada.

Verifica-se que a técnica da interpretação conforme à Constituição promove, parcialmente, o fenômeno da constitucionalização do Direito. Evidentemente que não em sua versão "formal", de incorporação das mais variadas regras jurídicas ao corpo físico da Constituição. O que ocorre é a versão indireta dessa constitucionalização, pela qual o STF "emprega" orientações constitucionais para fazer vigentes e eficazes os atos normativos editados pelo legislador.

Com isso a Constituição, longe de passar impune, fica também comprometida com o significado atribuído ao ato normativo. Surge (é firmada) no conjunto normativo constitucional uma orientação específica para o ato normativo infraconstitucional. Esse fenômeno, portanto, está a demandar uma atenção maior por parte da doutrina. Parte do pressuposto de que qualquer operação de controle de constitucionalidade passa previamente pelo controle da Constituição (desenvolvimento de seu significado). Em outras palavras, a interpretação conforme a Constituição é uma "via de mão dupla", que acaba por compromissar e comprometer sentidos e significados possíveis de uma Constituição, numa tarefa que, aparentemente, seria relacionada apenas à legislação infraconstitucional. Portanto, não se pode correr o risco de "forçar" uma interpretação da Constituição para adequar a lei (técnica que não seria de salvamento desta, mas de derrocada daquela), sob pena de promover a indesejável interpretação da Constituição conforme a lei.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, 2ª ed. México: FCE, 1994,
FASSÓ, Guido. "Jusnaturalismo". *In*. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira e Luís Pinto Cacais, 5ª ed.. Brasília: UNB, 1986.
FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, 3ª ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
GOEBEL Jr. Julius. *History of the Supreme Court of the United States*: Antecedents and Beginnings to 1801, Vol. 1. New York: Macmillan Company, 1971.
HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 4ª ed., 1ª reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
KIRCHMANN, Julio Germán Von. "El Carácter A-Científico de la Llamada Ciencia del Derecho". ***In***: SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ. *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A.. Bibliografia: 251 a 286.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
_____. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.
PADOVER, Saul K. *A Constituição Viva dos Estados Unidos*. São Paulo: IBRASA, 1964.
PAINE, Thomas. *Rights of Man*. New York: Penguin Books.
SAVIGNY, Fridrich Carl Von. Interpretación de las leyes. *In.*: SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN, KANTOROWICZ. *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A.. Bibliografia: 77 a 105.
STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
_____. *In*: AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
_____. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88*: (Des)estruturando a Justiça. São Paulo: Saraiva, 2005.
_____. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.
WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

NOTAS

[1] Em outro prisma, pretendia-se a durabilidade do texto constitucional, conforme se depreende da análise de Goebel: "That a constitution in the nature of things must embody matter basic to the governing of a polity and that its prescriptions be enduring had become, so to speak, articles of faith and, consequently, chief objectives in the process of constitution-making." (1971: 96).

[2] Retirado do site http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/marbury.html, em 24/10/2004

[3] Consigna-se, aqui, que a idéia de pensamento de Savigny ancora-se naquilo que se chama de interpretação histórica, em que se pretende verificar a intenção do legislador. Sobre esta necessidade, Gilmar Ferreira Mendes (1999: 282) bem apontou que "A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada *intenção do legislador*, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto"

[4] É nesse sentido que Streck (2004: 572) bem a alcunha de "mecanismo 'corretivo' da atividade legislativa".

[5] Que não sofreu um efeito revogatório implícito (como pretende Lenio Luiz Streck, 2005: 121-2) da EC 45/04. Essas técnicas são próprias da Justiça Constitucional. Se o efeito vinculante está, doravante, constitucionalizado, pelo menos para a ADI e para a ADC (com o esquecimento da ADPF), maiores são os motivos para a incidência do mencionado art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9868/99. Não se pode descurar, especificamente para essa técnica da *interpretação conforme*, de sua inclinação democrática.

[6] Min. rel. Maurício Correa, D.J. de 08/05/2003.
[7] "Some think that the Supreme Court's elaboration of constitutional law has given us a rich vocabulary of practical political philosophy. It has not. It may have given the Supreme Court and some constitutional lawyers such a vocabulary. The populist constitutionalist believes that the public generally should participate in shaping constitutional law more directly and openly. The Declaration of Independence and the Preamble to the Constitution give all of us that opportunity. As Lincoln said, the Constitution belongs to the people. Perhaps it is time for us to reclaim it from the courts".
[8] "The vanity and presumption of governing beyond the grave, is the most ridiculous and insolent of all tyrannies. Man has no property in man; neither has any generation a property in the generations which are to follow. The parliament or the people of 1688, or of any other period, has no more right to dispose of the people of the present day, or to bind or to control them *in any shape whatever*, than the parliament or the people of the present day have to dispose of, bind or control those who are to live a hundred or a thousand years hence. Every generation is, and must be, competent to all the purposes which its occasions require. It is the living, and not the dead, that are to be accommodated. When man ceases to be, his power and his want cease with him; and having no longer any participation in the concerns of this world, he has no longer any authority in directing who shall be its governors, or how its government shall be organized, or how administered".
[9] Utiliza-se, aqui, *supostamente*, porquanto a natureza das normas constitucionais, em tese, é aberta, mutável (trata-se da idéia de *living Constitution* ou Constituição viva).