

OS PODERES PARALEGISLATIVOS E PARAconstituintes DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: TÉCNICAS DE DECISÃO DOS ÓRGÃOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA CONTEMPORANEIDADE E A PRODUÇÃO NORMATIVA ESTATAL

Luís Fernando Sgarbossa

Geziela lensue

INTRODUÇÃO

O panorama teórico-conceitual proporcionado pela Teoria Constitucional desenvolvida após o surgimento do Estado democrático de direito tende a conceber a produção do direito a partir de um processo em que se distinguem duas fases básicas, uma (precipualemente) legislativa e outra (precipualemente) executiva.

É intuitivo que o tipo de reflexão e argumentação admitidos em cada uma dessas fases é distinto do admitido na outra (RAZ, 1986; MACCORMICK, 2006), em face da maior margem de conformação – ainda que constitucionalmente limitada em termos negativos e positivos – do legislador e na menor margem de conformação – ainda que seja impossível a eliminação radical de toda e

qualquer discricionariedade – do administrador e do julgador (KELSEN, 2003).

É evidente, ainda, que em termos de organização estatal tal concepção é encarnada na conhecida doutrina ou teoria da separação dos poderes ou funções do Estado, em alguma de suas variantes historicamente conhecidas.

A despeito de a Teoria do Direito já ter incorporado há tempos a noção de que todo ato de aplicação do direito corresponde, em certa medida, a um ato de criação do direito, excetuadas situações extremas de mera criação ou aplicação, como se denota do pensamento de Hans Kelsen (KELSEN, 2003), fato é que a ideia de monopólio ou quase-monopólio da produção do direito por parte dos órgãos formalmente legislativos ainda é um lugar comum do ideário jurídico-político contemporâneo.

.....
Luís Fernando Sgarbossa

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Professor Adjunto da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Líder do Núcleo de Pesquisa em Estado e Política – NUPEPOL.

Geziela lensue

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Ciências Sociais Aplicadas e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Professora Adjunta da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS.

Ainda, a despeito de a Teoria Política e Constitucional já terem incorporado há tempos as transformações na distribuição da competência normativa entre órgãos formalmente legislativos e órgãos formalmente executivos (HORTA, 1994) – o que se evidencia, por exemplo, na noção de funções materialmente executivas e materialmente legislativas, por exemplo, bem como na distinção entre legislação em sentido formal e em sentido material – há desenvolvimentos recentes na dinâmica de produção de direito pelos órgãos do Estado contemporâneo que merecem análise mais detida.

Nesse sentido, parece merecer especial atenção a crescente assunção de competências normativas importantes pelos diversos órgãos que, em diferentes sistemas, exercem – monopolisticamente ou não – a jurisdição constitucional, notadamente tribunais ou cortes constitucionais e supremas cortes.¹

Desse modo, faz-se necessário refletir sobre a produção jurídica no Estado

1 Consideram-se, portanto, aqui, especialmente tais órgãos, compreendendo-se como tribunais ou cortes constitucionais os órgãos integrantes do poder judiciário que monopolizam o controle de constitucionalidade das leis e normalmente são especializados em matéria constitucional, distintos, portanto, das supremas cortes, órgãos de cúpula que, embora possam deter a última palavra em matéria de constitucionalidade das leis, não monopolizam o controle e tampouco têm competência circunscrita apenas a matéria constitucional. A ambos se fará referência no presente estudo pela expressão genérica órgãos da jurisdição constitucional. Não se abordarão, por outro lado, outros órgãos que exercem função materialmente equivalente à da jurisdição constitucional, como órgãos políticos, nos moldes do Conselho Constitucional francês, por exemplo. Não se abordará, por outro lado, a atuação de órgãos das jurisdições inferiores que exerçam a jurisdição constitucional das liberdades, enfocando o presente trabalho a jurisdição constitucional na dimensão correspondente ao controle de constitucionalidade das leis ou controle de normas.

contemporâneo, em face das alterações produzidas na distribuição de competências normativas pelo advento do controle judicial de constitucionalidade, em um primeiro momento, e pela crescente sofisticação das técnicas decisórias utilizadas pelos órgãos da jurisdição constitucional, mais recentemente.

Resta investigar, portanto, se há sentido em se afirmar que atualmente tais órgãos exerceriam uma função paralegislativa ou mesmo paraconstituente, no sentido de que se revelariam atualmente capazes de introduzir normas gerais e abstratas no sistema jurídico equivalentes às leis ordinárias e constitucionais (emendas) aprovadas pelo parlamento – ou seja, se seriam capazes de introduzir modificações normativas não apenas em âmbito infraconstitucional, como também em âmbito constitucional.

Para examinar tal temática, o presente artigo revisitará a concepção da produção do direito sob a égide da concepção do Estado democrático de direito para, em seguida, examinar o impacto produzido sobre tal concepção pelo advento da jurisdição constitucional, na vertente do controle de normas.

Examinará, após, a superação das teses do legislador negativo (KELSEN, 2003; KELSEN, 2001) não apenas por conta das concepções contemporâneas sobre o caráter criativo da jurisdição, mas especialmente em função das transformações sofridas pelos diversos sistemas constitucionais e pela jurisdição constitucional, notadamente em termos de sofisticação das técnicas decisórias, seja em virtude de imperativos pragmáticos, seja por força de novas exigências postas pelas cartas constitucionais típicas do pós segunda guerra mundial.

Ao final examinará as competências paralegislativas e paraconstituintes dos órgãos da jurisdição constitucional, evidenciando a plausibilidade de seu reconhecimento na atualidade.

1 A IMAGEM DA PRODUÇÃO JURÍDICA SOB O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O advento do Estado, forma de sociedade politicamente organizada peculiar à modernidade, ocorrido por volta do século XVI na Europa, alterou a concepção até então geralmente difundida sobre a produção do direito na sociedade.

A concepção prevalente até a Idade Moderna fora a de uma criação do direito partilhada entre órgãos políticos e sociedade (GROSSI, 2010), como comprovam o pluralismo jurídico medieval e a importância do costume como fonte do direito durante a maior parte da história.

O Estado moderno se arroga o monopólio da produção do direito, fenômeno este cujo ponto culminante em termos simbólicos ao menos deve ter sido, provavelmente, o fenômeno da codificação ocorrida nos sistemas romanistas especialmente a partir do século XIX.

A partir da visão propugnada pela nova forma de organização política da sociedade, difundiu-se uma visão estatista e oficialista do direito, recusando-se, a um tempo, concepções jusnaturalistas (BOBBIO, 2006) e outras formas de produção social do direito (ROMANO, 2008).

Paulatinamente tal visão torna-se hegemônica, significando tanto a pretensão de monopólio estatal do direito quanto a rejeição de fontes sociais não-estatais do direito até

então existentes a um plano secundário e subordinado (BOBBIO, 2006), de modo que a sociedade passa progressivamente a identificar direito com a legislação estatal.

O Estado moderno apresenta-se primeiramente na forma dos Estados absolutistas, como é sabido, sendo a produção do direito claramente autocrática, produzida pelo príncipe e tendo como fundamento de validade sua vontade e sua autoridade. O mesmo modo autocrático de produção do direito se verificara anteriormente em outros contextos, como sob as sociedades políticas despóticas pré-modernas, e se verificará posteriormente, sob as sociedades políticas autocráticas modernas, como os Estados autoritários e totalitários, embora de formas diferentes.

Após as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII e as significativas transformações que as mesmas impingiram ao Estado e à organização de seus órgãos, afirma-se a doutrina da separação dos órgãos, poderes ou funções estatais, calcada em uma ideologia liberal amplamente conhecida.

Tal visão se torna hegemônica, sendo uma imagem admitida por amplos círculos sociais, transformando em parte a concepção derivada do advento do Estado moderno já referido.

Não há ruptura entre a visão anterior e a posterior às revoluções liberais quanto à pretensão de exclusividade ou monopólio estatal da produção do direito já aludidos, elemento que se perpetuará sob o Estado liberal e sob as formas posteriores assumidas pelo Estado moderno.

Há transformação na dita concepção oficialista do direito, por outro lado, na medida em que a referida doutrina da separação dos

poderes propugna o monopólio da função de produção do direito pelos órgãos integrantes do poder legislativo, os quais devem, ademais, ser democraticamente eleitos e democraticamente responsáveis.

Aqui surgem diversos elementos legitimantes do Estado e do direito, notadamente a ideia de legitimidade da investidura no poder – que se dá notadamente por meio de eleições periódicas – e de legitimidade no exercício do poder – que se dá notadamente pela observância de limites jurídicos ao mesmo.

Tal imagem perdura nos séculos posteriores à configuração do Estado de direito – posteriormente Estado democrático de direito –, sendo um lugar comum no discurso político-jurídico a noção de uma distinção entre instâncias produtoras e aplicadoras do direito e de contenção do poder por meio de tal arranjo institucional, associado a outras técnicas típicas do constitucionalismo moderno.

A noção de monopólio do direito pelo legislativo se desfaz paulatinamente ao longo dos séculos XIX e, principalmente, XX (HORTA, 1990; 1994). Torna-se cada vez mais evidente a existência – e, para alguns, a inevitabilidade – de funções normativas exercidas por órgãos não-legislativos, nesse caso, nomeadamente, por órgãos executivos – fenômeno da denominada legislação governamental.

Especialmente a partir do início do século XX começa a se desenhar um quadro em que o exercício de competências materialmente legislativas pelo executivo se evidencia com clareza (HORTA, 1994), quadro este que toma contornos cada vez mais evidentes ao longo daquela centúria, por meio de variados

fenômenos, que vão desde a legislação delegada e a legislação de emergência ou exceção até as medidas provisórias.²

De todo modo, a despeito de tais fenômenos, ainda continua a ser afirmada em grande medida, como dogma, a ideia de monopólio da produção do direito pelo legislativo e, ainda, a identificação entre lei e direito, ressalvadas situações verdadeiramente excepcionais.³

A ideia de divisão de poderes demonstra, portanto, grande vitalidade e evidencia, ao que parece, o papel de concepção ideal reguladora, ainda que as vicissitudes da história jurídico-política evidenciem a existência de situações contrárias àquela concepção ideal, como a crescente atividade normativa do executivo.

O advento dos institutos de controle judicial de constitucionalidade, por sua vez, se revelará impactantes em termos de definição dos órgãos estatais capazes de influir de maneira importante sobre a conformação da ordem jurídica, como se verá no tópico sucessivo, esvaziando ainda mais a concepção

2 Nesse período verifica-se, aliás, um esfumaçamento da distinção até então considerada clara entre funções legislativas e funções executivas, ilustrada por fenômenos como leis em sentido formal – atos administrativos com forma legal – de um lado e como delegação legislativa – leis aprovadas por procedimentos não-parlamentares. HORTA, R. M. Poder legislativo e o monopólio da lei no mundo contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 123, jul./set. 1994, pp. 149-158.

3 Como, por exemplo, a célebre decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão proferida em 1968 no caso da desnacionalização dos judeus emigrados, que reconheceu a vigência de direito suprapositivo e a irredutibilidade do direito à legislação – BVerfGE 23, 98 (106). ALEXY, R. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pp. 6 e ss.

ideal de separação de poderes formada sob o Estado democrático de direito.

2 O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E A TESE DO LEGISLADOR NEGATIVO

Nos tópicos anteriores rememoraram-se o nascimento da identificação moderna entre legislação e direito e das noções de monopólio estatal da produção jurídica e de monopólio da legislação pelos órgãos do poder legislativo, a despeito da competência normativa ser faticamente partilhada entre estes e os órgãos do poder executivo, por força dos processos ocorridos notadamente no século passado.

Uma análise acurada do panorama contemporâneo evidencia, no entanto, que quando se examina a produção do direito nos sistemas jurídicos atuais não parece adequado focar exclusivamente os processos de produção por meios formalmente legislativos, merecendo ser contemplados também processos extralegislativos influentes na conformação da ordem jurídica, o que justifica a incursão na temática deste tópico.

Inicialmente cabe observar que uma atividade político-jurídica que pode se revelar tão importante quanto à de determinar qual o teor material direito vigente em um sistema jurídico concreto, conformando seu conteúdo substantivo, é a de determinar aquilo que não pode ser considerado como direito por alegados defeitos de forma ou de conteúdo – inconstitucionalidade formal e material.⁴

4 Trata-se da situação que, na visão da Teoria Política clássica seria estabelecida com base na dicotomia entre poder de estatuir e poder de impedir ou, na teoria contemporânea, no papel desempenhado pelos atores com poder de veto, ou *veto players*. BONAVIDES, P.

Para considerar o panorama da produção do direito nos Estados contemporâneos faz-se necessário, portanto, levar em conta o advento dos diversos mecanismos, instituições e sistemas de controle de constitucionalidade que surgiram ao longo da história recente, nomeadamente a partir do início do século XIX, mas que passaram por intensas transformações e grande sofisticação desde então.

Desde o final do século XVIII, pelo menos, já surgiam concepções que denotavam a possibilidade e mesmo a necessidade de se realizar alguma espécie de controle sobre as normas legais com o intuito de garantir sua conformidade para com os preceitos constitucionais, bem como se verificavam algumas situações históricas que serviriam de precursoras dos eventos seguintes.⁵

É a partir do início do século XIX, contudo, que se estabelece de forma inequívoca a prática do controle de constitucionalidade pelos órgãos integrantes do poder judiciário federal e estadual estadunidenses, reconhecida pela Suprema Corte norte-americana, como é sabido (CANOTILHO, 2003).⁶

Tal competência ou poder-dever tinha como fundamento político a noção de que o cidadão não seria obrigado a cumprir legislação

.....
Ciência Política. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. TSEBELIS, G. *Veto Players: how political institutions work*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

5 A cadeia de ideias e de fatos é longa, bastando pensar na afirmação da limitação do legislador pelo *Common Law* feita por Coke ainda no século XVII, ou nas ponderações de Hamilton, Madison e Jay nos *Federalist Papers*, no século XVIII, bem como na invalidação de legislação colonial desconforme às cartas coloniais feita pelos tribunais britânicos, e, ainda, em decisões judiciais estaduais anteriores a *Marbury v. Madison*, proferida pela Suprema Corte norte-americana no início do século XIX, no mesmo sentido desta.

6 *Marbury v. Madison*, 5 US, 137 (1803).

inconstitucional, podendo a ela se opor, e a noção correlata de que os poderes do Estado não deveriam prestar concurso à aplicação de legislação inconstitucional (CAPPELLETTI, 1999).

Do ponto de vista lógico – embora a inconstitucionalidade em si não seja uma categoria lógica, mas normativa (MIRANDA, 2008) –, por outro lado, um fundamento elementar é o da distinção conceitual entre poder constituinte e poderes constituídos, pressuposto que constitui uma espécie de *conditio sine qua non* de admissão da possibilidade do referido controle.⁷

Ainda do ponto de vista lógico, a ideia de que os órgãos encarregados da jurisdição a exerceriam aplicando o direito aos casos concretos, sendo inerente às suas funções, portanto, uma avaliação prejudicial acerca da constitucionalidade das normas infraconstitucionais aplicáveis a cada caso – a célebre argumentação de Hamilton no *Federalista*, reproduzida por Marshall em 1803 – é fundamental para justificar o controle judicial bem como seu caráter difuso, que decorre do referido caráter ínsito do controle à atividade jurisdicional.

A possibilidade revolucionária de controle judicial de constitucionalidade inaugurada pela matriz constitucional norte-americana produziu efeitos por todo o mundo, como se sabe, influenciando a criação de inúmeros sistemas de controle de constitucionalidade hoje já consolidados, sob

diferentes formas, em diferentes países.

A solução europeia, excetuando-se países infensos ao controle judicial – como o Reino Unido e a França – tem tendido, como se sabe, para modelo distinto do americano, baseado sobretudo em uma separação entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional, com monopólio da última por um órgão especializado – Corte ou Tribunal Constitucional (MIRANDA, 2008).

De todo modo, apesar de uma notável similitude estrutural entre os diversos sistemas de controle judicial de constitucionalidade da Europa continental, há diversas variações importantes em aspectos como a teoria da invalidade das normas inconstitucionais que os embasa – com impacto importante sobre os efeitos do controle – ou, ainda, os modos de efetivação do controle incidental de constitucionalidade, como demonstrou proficientemente estudo clássico sobre o tema (CAPPELLETTI, 1999).

Tais sistemas rivais – norte-americano e europeu – difundiram sua influência ao redor de todo o globo, tendo originado diversos sistemas locais de controle judicial de constitucionalidade, como se sabe. Na América Latina, por exemplo, preponderaram os sistemas híbridos ou mistos de controle, sistemas estes cuja característica notável é a de incorporarem institutos de controle abstrato – notadamente as ações diretas de tipo europeu – a uma base de controle difuso, de inspiração norte-americana, como ocorre em países como o Brasil.

Independentemente de qualquer formulação de um quadro geral dos diversos sistemas de controle judicial de constitucionalidade, de resto razoavelmente

7 Tanto que um dos fundamentos doutrinários da ausência de tal controle no direito inglês é exatamente a concepção de soberania do parlamento, fundamento do princípio segundo o qual é defeso a uma legislatura tentar vincular legislaturas futuras. HART, H. L. A. **Conceito de Direito**, o. Trad. Antonio de O. Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

conhecidos, é importante notar que o advento desses institutos propiciou um protagonismo sem precedentes do poder judiciário na conformação da ordem jurídica.

De um poder anteriormente concebido como estritamente subserviente à lei, em visões como as propugnadas na França pela Escola da Exegese (MARINONI, 2013), passou gradualmente a ser concebido como um poder ao qual incumbia não apenas a importante competência de resolução de conflitos com base na legalidade, mas também a grave tarefa de fiscalizar a constitucionalidade das leis, recusando aplicação àquelas reputadas inconstitucionais por seus órgãos reconhecidos competentes para tanto.

Observe-se que independentemente do sistema de controle judicial consagrado – seja ele difuso ou concentrado, em alguma de suas variantes – a possibilidade de tal atividade fiscalizatória pelo judiciário implicou na possibilidade de uma espécie de veto de normas por parte do mesmo, veto este não raro terminativo – ou seja, muito mais forte do que o veto executivo, normalmente relativo e, portanto, superável –, e dotado de eficácia aproximada ou equivalente à da própria lei – ou seja, revelando-se materialmente uma verdadeira norma jurídica geral.⁸

No sistema difuso norte-americano isso sedá quanto às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelas instâncias superiores do judiciário estadual ou federal, sabidamente

8 Não é preciso esforço para constatar que uma decisão de inconstitucionalidade de uma lei proferida por uma corte constitucional europeia, por exemplo, equivale em termos de eficácia a uma lei que revoga outra no sistema jurídico, se irretroativa, e supera mesmo os efeitos de uma lei revogatória típica, quando dotada de efeitos retroativos.

capazes de impedir a aplicação da norma declarada inconstitucional pelas instâncias inferiores em todo o território sobre o qual tal órgão exerce jurisdição após a declaração de inconstitucionalidade por força do *stare decisis* – precedente vinculante.⁹

No sistema concentrado, o caráter normativo das decisões é ainda mais evidente, na medida em que, seja por provocação da jurisdição constitucional mediante ação direta, seja por provocação mediante o expediente das decisões de reenvio (CAPPELLETTI, 1999), as decisões de inconstitucionalidade ostentavam eficácia geral e vinculante, atingindo, assim, particulares e poderes públicos, dotadas, portanto, de “força de lei”.

A introdução de tal mecanismo atingiu fortemente, por óbvio, o dogma da separação de poderes e, notadamente, o dogma da submissão do judiciário à lei e da não-intromissão daquele poder na esfera de competência do legislativo.

Em uma tentativa de salvaguardar o postulado da separação dos poderes em contexto tão adverso, adaptando-o à nova realidade superveniente, surgiram posições como a traduzida pela célebre tese kelseniana do judiciário como legislador negativo (KELSEN, 2003).

Independente de qualquer consideração de maior profundidade sobre tal aspecto, de resto já muito debatido e rechaçado, há que

9 Em sistemas difusos inseridos em ordenamentos jurídicos de tipo romanista a questão é mais complexa, como se sabe, tendo sido necessária a utilização de institutos complementares, como, por exemplo, a resolução suspensiva do Senado Federal brasileiro, atualmente prevista no art. 52, X, da Constituição vigente e introduzida em nosso sistema constitucional pela Constituição de 1934 (art. 91, IV) como expediente para conferir caráter geral às decisões definitivas declaratórias de inconstitucionalidade inicialmente privadas de efeito geral, notadamente as proferidas incidentalmente.

se observar que a função quase-legislativa do judiciário acaba sendo reconhecida, ainda que na tímida versão negativa representada por tal visão.

Efetivamente a possibilidade de controle judicial de constitucionalidade das leis introduz, pelo menos quanto aos principais órgãos incumbidos da jurisdição constitucional – supremas cortes e cortes constitucionais – uma espécie de poder ou competência paralegislativa – no sentido de quase-legislativa – e mesmo paraconstituente, como se verá, poder este que irá se desenvolver e amplificar conforme as questões concretas apreciadas e conforme o contexto normativo jurídico-constitucional se tornam mais complexos, como se verá no tópico sucessivo.

3 A SOFISTICAÇÃO DAS TÉCNICAS DE DECISÃO DOS ÓRGÃOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A SUPERAÇÃO DEFINITIVA DA TESE DO LEGISLADOR NEGATIVO

Dois fenômenos principais parecem ter influenciado na sofisticação das técnicas de decisão dos órgãos da jurisdição constitucional que, ao longo de mais de duzentos anos de existência, fizeram com que seus poderes paralegislativos se ampliassem e evidenciaram mesmo seus poderes paraconstituintes.

Um desses fenômenos foram as situações complexas que passaram a ser objeto de julgamento por parte de tais órgãos, evidenciando ser insustentável a visão simplista do controle de constitucionalidade que acompanhou referida atividade em seu início.

O outro fenômeno foi uma alteração no tipo de constituições e na espécie de normas que as mesmas passaram a incorporar, de

modo a exigir novas dimensões do controle de constitucionalidade, anteriormente inexistentes ou ainda não percebidas.

O primeiro fenômeno redundou na imposição de limites ao controle de constitucionalidade em termos da amplitude ou alcance de seus efeitos com base em considerações pragmáticas (MARINONI, 2013; MENDES, 2014); o segundo resultou na expansão do controle para além de sua concepção tradicional, adicionando novas dimensões ao mesmo em função de transformações sofridas pelo constitucionalismo ao longo do século XX, especialmente em sua segunda metade (MIRANDA, 2008).

De um lado se percebeu a inexorável existência de limites às possibilidades de controle da inconstitucionalidade por ação, relativizando-se certas concepções absolutas sobre esta matéria calcadas no postulado na nulidade da lei inconstitucional. Como ensina CAPPELLETTI (1999), nas origens norte-americanas do controle de constitucionalidade encontrava-se à base do controle de constitucionalidade a noção da inconstitucionalidade como absoluta invalidade jurídica, tendo como consequência lógica a noção de desfazimento de tudo quanto fora feito com base na norma inconstitucional, vez que inválida de *pleno iure* desde suas origens, por constituir verdadeiro ato *ultra vires*, e inservível à produção de efeitos válidos.

Tal concepção simplista da inconstitucionalidade, baseada em uma exigência dogmática forte de constitucionalidade, acabava por postular decisões declaratórias dotadas de eficácia retroativa e que implicavam a nulidade da norma inconstitucional e de todos os seus atos de aplicação concreta, fosse por parte de particulares, fosse por poderes públicos

(CAPPELLETTI, 1999).

Cedo já se sentiu a inconveniência de tal visão diante de situações de inconstitucionalidade consolidadas irreversíveis ou de difícil ou indesejável reversão, como aquelas situações em que a declaração de inconstitucionalidade com nulidade da norma e eficácia retroativa se revelava capaz de atingir terceiros de boa-fé, situações jurídicas consolidadas, e situações análogas em geral, com comprometimento da segurança jurídica ou de outros bens ou interesses constitucionalmente tutelados.¹⁰

Já em 1920 a constituição austríaca, fruto de anteprojeto elaborado por Kelsen, não apenas não endossava a doutrina da nulidade da lei inconstitucional – adotando a teoria de seu idealizador, no sentido da anulabilidade da norma inconstitucional, com ou sem eficácia retroativa (KELSEN, 2001) – como ainda previa o instituto da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com a possibilidade de decisões com efeitos apenas futuros (CAPPELLETTI, 1999).

Mesmo na pátria da doutrina da nulidade da lei inconstitucional, os EUA, fez-se necessário relativizar os rigores da mesma (MARINONI, 2013; MENDES, 2014), o que a Suprema Corte fez já a partir da década de 1940, por meio de precedentes como o proferidos em *Chicott County Drainage District*

10 Há um paralelo interessante, mas que aqui não se pode explorar, entre o instituto do *overruling* do *Common Law* – revogação de um precedente, com ou sem eficácia retroativa – e o instituto do controle de constitucionalidade em termos de impacto sobre a segurança jurídica e inclusive sobre a confiança no sistema jurídico e sua legitimidade. O tema é próximo de outros clássicos temas de Teoria do Direito, como o da possibilidade e dos limites da legislação retroativa.

v. *Baxter State Bank* (1940)¹¹ e *Linkletter v. Walker* (1965)¹², possibilitando decisões de inconstitucionalidade com ou sem eficácia retroativa e com ou sem declaração de nulidade, em um sistema semelhante, mas não idêntico, ao da modulação dos efeitos austríaca.

Em suma, a apreciação de questões complexas consubstanciadas especialmente em situações de fato irreversíveis ou de difícil ou inconveniente reversibilidade, levaram, portanto, os diversos sistemas de controle de constitucionalidade, por considerações de cunho pragmático, a abrirem mão de doutrinas extremamente lógicas em sua formulação – como a da nulidade pura e simples da lei inconstitucional e de suas consequências – mas impraticáveis em termos concretos.¹³

O segundo fenômeno referido consistiu no amplamente conhecido advento das novas constituições, notadamente após o final da segunda guerra mundial, constituições estas geralmente denominadas de programáticas, por incluírem não apenas normas negativas, no sentido de exigirem abstenções estatais, mas também positivas, no sentido de exigirem atuação estatal, como atividade legislativa ou administrativa e, inclusive, implementação de políticas públicas (CANOTILHO, 2003).

Tais constituições sofisticaram a realidade

11 308 U.S. 371 (1940).

12 381 U.S. 618 (1965).

13 Parece plausível considerar que atualmente identifica-se uma aproximação entre diferentes sistemas de controle de constitucionalidade quanto à doutrina da invalidade da lei inconstitucional, tendendo os diversos sistemas a abranger tanto situações em que a inconstitucionalidade redunde em nulidade quanto situações em que redunde em anulabilidade, combinadamente, ora com preponderância de uma, ora de outra, e mesmo outras situações distintas do binômio, como se verá.

normativa constitucional, ao introduzirem ou intensificarem o recurso às normas outrora ditas programáticas, atualmente denominadas normas-tarefa ou normas-meta (CANOTILHO, 2003), exigentes, como dito, de atuação estatal, e não mais de mera omissão estatal, como ocorrera preponderantemente no modelo constitucional até então vigente.

Com efeito, é o advento das constituições “programáticas” com suas normas-meta ou normas-tarefa que enseja o nascimento da noção mais recente de inconstitucionalidade, ao lado da inconstitucionalidade por ação, evidentemente, a noção de inconstitucionalidade por omissão.

Tal nova concepção – ou modalidade de inconstitucionalidade – evidentemente não poderia ser enfrentada satisfatoriamente pelos mesmos meios técnicos concebidos e utilizados ao longo de mais de um século para a tutela de situações de inconstitucionalidade por ação.

Se para as últimas o recurso a técnicas como a declaração de nulidade com efeitos retroativos ou a anulação com efeitos retroativos, irretroativos ou mesmo futuros constituíam expedientes tecnicamente aptos à solução dos problemas de constitucionalidade, com relação à inconstitucionalidade por omissão restam evidentemente ineficazes, no sentido de inaptos tecnicamente falando.

Aqui ressurgem, ademais, dificuldades enfrentadas pelo controle de constitucionalidade em seus albores, quando não raro se considerava o dogma da separação dos poderes, por exemplo, como óbice à legitimidade do controle judicial de constitucionalidade. Entende-se por longo tempo, portanto, que falece competência ao judiciário para substituir-se ao legislador ou ao administrador na implementação de preceitos constitucionais que obrigam aqueles

poderes a fazer algo, e não a abster-se.

Paulatinamente tais visões vão sendo superadas, no entanto, conforme o estado da arte das técnicas de controle de constitucionalidade utilizadas notadamente por alguns tribunais europeus – em franca superação à doutrina do legislador negativo – permitem entrever, conforme se examinará a seguir.

O que importa, no momento, é frisar que tanto as transformações devidas às questões pragmáticas já referidas, quanto as transformações sofridas pelo constitucionalismo ao longo do século XX em função do advento das normas-meta e das obrigações estatais positivas que estas implicam levaram a uma sofisticação sem precedentes das técnicas de decisão adotadas por diversos órgãos exercentes da jurisdição constitucional.¹⁴

A título de exemplo, para se ilustrar o que se afirma, pode-se socorrer a diversos sistemas europeus de controle de constitucionalidade, como o português e o italiano, cujas técnicas mais inovadoras de controle de constitucionalidade passam a repercutir em outros sistemas constitucionais.

No sistema português, por exemplo, quanto à teoria da invalidade, superou-se o binômio simplista constitucional-inconstitucional, assim como a simples associação do binômio simplista nulidade-

14 Há uma diferença de sentido importante, no entanto: enquanto as questões pragmáticas tenderam a operar relativizando a inconstitucionalidade, ao restringir os efeitos das decisões no sentido da inconstitucionalidade, as questões decorrentes das obrigações constitucionais positivas e da correlata noção de inconstitucionalidade por omissão ampliaram a noção de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, as possibilidades de intervenção judicial. Ambas implicarão sofisticação das técnicas de controle de constitucionalidade.

anulabilidade aos atos inconstitucionais (MIRANDA, 2008).

Desse modo, não só se registram casos de nulidade ou anulabilidade decorrentes de inconstitucionalidade, como também casos de inexistência ou mera irregularidade, todos com consequências jurídicas distintas (MIRANDA, 2008).

Além disso, de maneira correlata, não só são possíveis decisões de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade no direito português, como também decisões de não-inconstitucionalidade, além das denominadas decisões intermédias, as quais, como o próprio nome deixa entrever, não são decisões nem no sentido da pura inconstitucionalidade e tampouco da pura constitucionalidade.

O mais impressionante no quadro de tal pluralismo técnico da jurisdição constitucional portuguesa não é constituído apenas pelas decisões intermédias interpretativas – equivalentes às declarações parciais de inconstitucionalidade sem redução de texto obtidas por interpretação conforme à constituição no direito brasileiro – ou pelas decisões intermédias limitativas – equivalentes aproximadas às decisões de inconstitucionalidade com modulação de efeitos.

O aspecto mais relevante de tais inovações consiste especificamente nas denominadas decisões intermédias aditivas ou modificativas, cujo conteúdo concreto pode ser o de substituir a disciplina legal de uma hipótese qualquer, considerada inconstitucional, por outra, estabelecida pela jurisdição ou, ainda, para suprir inconstitucionalidade por omissão parcial (MIRANDA, 2008) – problema para o qual o Direito Processual Constitucional brasileiro

ainda não possui uma solução satisfatória, limitando-se às decisões meramente exortativas – apelo ao legislador (MENDES, 2014).

Tais técnicas, longe de serem completamente isoladas, encontram paralelos em outros sistemas, como no direito constitucional italiano, que comporta na categoria das decisões manipulatórias – correspondente, aproximadamente à categoria lusitana das decisões intermédias –, abrangendo subespécies como as decisões manipulatórias de efeitos aditivos ou modificativos, de características semelhantes (MENDES, 2014).¹⁵

É evidente que a utilização de interpretação vinculante – como ocorre por meio da interpretação conforme em decisões interpretativas – é expediente técnico capaz de introduzir importantes alterações no sistema jurídico, sobretudo na concepção contemporânea da norma jurídica, inconfundível com seu texto.

Mais evidente ainda é a alteração normativa promovida pelo poder judiciário, como verdadeiro legislador positivo, quando as técnicas admitidas no exercício da função jurisdicional lhe permitem substituir um regime jurídico previsto para uma situação qualquer por outro que lhe pareça mais consentâneo para com a ordem constitucional, ou estender um regime jurídico para outras situações não abrangidas por ele originalmente.¹⁶

15 Sobre técnicas similares no Direito Processual Constitucional mexicano, consulte-se o primeiro capítulo da obra de FERRER MAC-GREGOR, E. *Efectos y contenidos de las sentencias em acción de inconstitucionalidad: análisis teórico referido al caso "ley de medios"*. Cidade do México: UNAM, 2009.

16 Note-se que tais técnicas são equivalentes aproximadas à “posição concretista” no que se refere ao mandado de injunção no Brasil, mas referem-se também ao controle abstrato, e não apenas ao controle concreto.

O aspecto que aqui interessa no particular reside superação definitiva da tese do legislador negativo, restando clara não apenas a relativa discricionariedade do julgador no complexo processo de interpretação e aplicação do direito, mas inclusive a possibilidade – excepcional, certamente – de atuação dos órgãos da jurisdição constitucional, pelo menos, como verdadeiros legisladores positivos em situações em que a pura e simples declaração de inconstitucionalidade com redução de texto e com declaração de nulidade poderia resultar em “vácuo legislativo”, agravando a situação de inconstitucionalidade já existente, entre outras.

Técnicas como as que redundam nas decisões manipulatórias modificativas ou aditivas italianas ou nas decisões intermédias modificativas ou aditivas portuguesas, que evidenciam a existência de uma verdadeira função paralegislativa e quiçá paraconstituente dos órgãos da jurisdição constitucional, entre outros fenômenos a serem explorados no tópico seguinte.

4 A (RE)DISTRIBUIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS NORMATIVAS DO ESTADO E O RECONHECIMENTO TEÓRICO DAS FUNÇÕES PARALEGISLATIVAS/PARAconstITUENTES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Como visto nos itens precedentes do presente estudo, a capacidade de produção do direito foi redistribuída entre os poderes ou órgãos do Estado ao longo do século XX e no início do século XXI, surgindo mais recentemente um papel importante dos órgãos incumbidos do controle de constitucionalidade nessa matéria, nomeadamente as supremas cortes e os tribunais constitucionais.

Assim tais órgãos adquiriram uma competência de conformação do ordenamento, inicialmente negativa e posteriormente inclusive positiva, notadamente em sistemas que admitem a técnica das decisões interpretativas – como o brasileiro e inúmeros outros – e em sistemas que admitem, excepcionalmente, decisões judiciais que efetivamente criam normas gerais e abstratas para substituir legislação inconstitucional ou para combater o fenômeno da inconstitucionalidade parcial por omissão - como o português ou o italiano.

As transformações e os deslocamentos extra-legislativo da competência normativa evidentemente transformam o panorama dos órgãos estatais capazes de, positiva ou negativamente, conformarem o sistema jurídico, introduzindo novas normas, modificando as existentes ou impedindo/excluindo modificações (HORTA, 1994).

Não parece haver dúvida de que o controle de constitucionalidade, tanto em sistemas de *Common Law* quanto em sistemas romanistas, cria a possibilidade do poder judiciário introduzir normas dotadas de eficácia geral no sistema jurídico, observadas as especificidades que distinguem uma decisão proferida nos primeiros, cujo efeito transcendente decorre do princípio do precedente vinculante, das proferidas em ações diretas no segundo, dotadas de eficácia geral e vinculante.

A partir dos tópicos abordados anteriormente foi possível evidenciar o recente crescimento das funções normativas do poder judiciário, que passou a exercer, em diversos sistemas, um protagonismo importante, não apenas ao vetar a permanência de determinadas normas no sistema jurídico, mas, inclusive,

ao construir normas a partir de técnicas amplamente difundidas, como a interpretação conforme à constituição vinculante (ou as decisões intermédias ou manipulatórias interpretativas).

Esta nova realidade institucional evidencia ser plausível falar, hoje, para além das funções tipicamente jurisdicionais do poder judiciário, no âmbito das funções atípicas de tal poder, em uma função que poderia se denominar paralegislativa.

Trata-se, como a expressão pretende evidenciar, uma função quase-legislativa, na medida em que, ainda que em circunstâncias excepcionais e devidamente justificadas – por um quadro de omissão inconstitucional, por exemplo –, permite inserir no sistema jurídico normas gerais e abstratas, e não apenas impedir sua inserção ou manutenção no mesmo.

Tal fenômeno não estaria circunscrito aos modelos mais arrojados de controle, como o sistema lusitano e italiano mencionados, que permitem, como se viu, decisões com conteúdo fortemente construtivo e criativo para modificar ou substituir disciplina legal reputada inconstitucional ou mesmo criar disciplina legal em situação de omissão inconstitucional.

Basta recordar que as decisões interpretativas, como aquelas decorrentes da utilização da interpretação conforme à constituição no Brasil, são hoje comuns nos mais variados sistemas constitucionais e que, considerando-se sua característica de interpretação autêntica (KELSEN, 2003), constituem verdadeiras normas gerais e abstratas, de caráter inegavelmente vinculante quando proferidas em sede de controle abstrato.

Além disso, há que se recordar

que, de fato, os órgãos de cúpula do poder judiciário parecem contar, do ponto de vista de uma Teoria do Direito realista, com tais funções paralegislativas e até mesmo funções paraconstituintes, na medida em que profiram decisões que podem introduzir ou alterar normas de natureza constitucional.

Com efeito, as decisões judiciais encontram-se em regra sujeitas a diversos tipos de controle de regularidade (KELSEN, 2001), sejam controle de legalidade – como as realizadas por cortes de cassação, como ocorre na Itália e na França, seja por outros órgãos equivalentes em outros países –, sejam de controle de constitucionalidade.

Contudo o controle da regularidade da produção jurídica tem como pressuposto técnico de operabilidade a existência de instâncias de controle. Ou seja, para que seja possível o controle de legalidade ou constitucionalidade das decisões de órgãos administrativos ou jurisdicionais revela-se imprescindível a existência de instâncias superiores de controle, capazes de substituir a decisão por força de um recurso de apelação ou de, ao menos, cassá-la, determinando que outra seja proferida.

Diante da impossibilidade de instâncias infinitas de controle, naturalmente os órgãos de cúpula do judiciário – como as Supremas Cortes – ou órgãos judiciais especiais não sujeitos a uma instância revisora – como as Cortes Constitucionais – não possuem instâncias superiores de revisão, julgando questões de regularidade em única ou última instância.

Daí decorre que tais instâncias possuam, de fato, uma capacidade de alteração anômala da ordem jurídica (KELSEN, 2001; 2003, RAZ, 1986). Desse modo, na hipótese – não rara – de uma lei manifestamente inconstitucional

ser considerada constitucional pelo órgão que detém a última palavra em tal matéria e cujas decisões são obrigatórias, embora de um ponto de vista ideal possa-se sustentar uma violação da ordem jurídica, de um ponto de vista realista, diante da força vinculante da decisão, o que parece ocorrer é uma modificação – ainda que anômala – da ordem jurídica.

Com efeito, uma lei ordinária inconstitucional¹⁷ que seja declarada constitucional pela única instância capaz de julgar sua constitucionalidade de maneira autorizada – uma corte ou tribunal constitucional, por exemplo – acaba por vigorar plenamente naquele ordenamento jurídico, e opera mesmo como uma espécie de emenda anômala à constituição, na medida em que suspende ou revoga a norma constitucional contrária.¹⁸

Deste modo, por mais que tal constatação ofenda uma ideologia constitucional e uma afirmação dogmática da supremacia da constituição, de fato, uma decisão judicial juridicamente inatacável – uma decisão de última ou única instância – que declare uma lei constitucional, ainda que esta seja francamente inconstitucional, tem o condão prático de

17 Imagine-se aqui inconstitucionalidade manifesta, literal, para não se adentrar no mérito da textura aberta, da relativa indeterminação semântica, da dúvida interpretativa razoável, que tornam o problema mais complexo.

18 O mesmo ocorre, por exemplo, em um sistema político de controle, como o francês, tanto em casos de normas sujeitas a controle necessário pelo Conselho Constitucional quanto por normas sujeitas a controle provocado, caso no exercício do controle aquele órgão negue a inconstitucionalidade ou não haja provocação do controle. Nesses casos reconhece-se que a lei inconstitucional opera, na prática, como emenda anômala à constituição, dada a ausência de mecanismos jurídicos aptos a expurgar o sistema jurídico da mesma.

convalidar¹⁹ referida inconstitucionalidade e de provocar uma alteração anômala no sistema constitucional (CAPPELLETTI, 1999). A lei inconstitucional em conjunto com a decisão que refuta sua inconstitucionalidade, equivale a uma emenda à constituição, aprovada por procedimento anômalo, de tal ponto de vista.²⁰

A situação é evidentemente inconveniente, mas ocorre de fato e pode ocorrer não apenas em sistemas de controle político, como o francês, ou de controle judicial concentrado de iniciativa restrita, como o austríaco, mas em qualquer sistema que adote controle de constitucionalidade ou legalidade, pelo simples fato da impossibilidade prática de instâncias infinitas de controle.

Nesses casos, pode-se reconhecer não apenas uma competência paralegislativa, mas inclusive paraconstituinte, na medida em que, como demonstrado, o ato inconstitucional convalidado por decisão dotada de efeitos vinculantes proferida em única ou última instância e inatacável corresponderá, na prática, à alteração do sistema jurídico-constitucional – uma quase-emenda ou quase-revisão constitucional.²¹

19 Aliás, não se trata do único caso de convalidação de inconstitucionalidades, dada a presença, em diversos sistemas jurídicos, de institutos como a modulação dos efeitos ou as decisões intermédias limitativas.

20 A mesma constatação vale, feitas as devidas adaptações, para atos ilegais dos poderes públicos, desde que a decisão convalidadora seja proferida pela instância máxima ou única competente para julgar a legalidade dos mesmos.

21 O mesmo parece ocorrer em situações próximas, embora distintas, como no caso de um costume constitucional *contra legem* que redunde, eventualmente, em *desuetudo* de uma ou mais normas constitucionais. Sobre o tema veja-se RAZ, J. **Concepto de Sistema Jurídico**, el. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Cidade do México: Universidade Autónoma do México, 1986; OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. **Derecho**

Para os realistas esta será apenas e tão-somente uma situação de alteração, ainda que anômala, da ordem jurídica, tal como ocorre por força de processos de mutação constitucional, por exemplo (JELLINEK, 1991). Para os idealistas, se tratará de uma violação à constitucionalidade ou legalidade, embora não haja remédio jurídico para saná-la.

Indagando-se sobre a possibilidade de controle de tais situações de ilegalidade ou inconstitucionalidade, para quem assim as considere, não se vislumbra remédio jurídico, pressupondo-se o caráter terminativo e vinculante da decisão que declara ou julga constitucional a norma inconstitucional e pressupondo-se que seja guarnecida de meios adequados de compulsão à observância – tais como normas disciplinares e institutos que permitam a cassação ou anulação de atos que a inobservem –, condição esta ligada à operabilidade técnico-jurídica efetiva.

As possíveis soluções para tais problemas, incrustados nos limites da juridicidade, parecem ser necessariamente extrajurídicas, como o recurso ao quase esquecido “controle de constitucionalidade direto” – por expedientes como o controverso direito de resistência e conceitos correlatos, como a desobediência civil (GARGARELLA, 2007) – ou, ainda, na esfera política, por meio da atuação do legislador ou por meio da utilização de institutos de democracia semidireta, onde existam, como a iniciativa popular no sentido da revogação da norma anormalmente introduzida.

Independentemente de tais discussões,

.....
Constitucional Consuetudinario, el. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma do México, 1993. O mesmo raciocínio parece válido para decisões *contra legem* que acabem por prevalecer, importando em alteração anormal do sistema jurídico.

que fogem ao objetivo imediato do presente estudo, resta claro que em qualquer sistema jurídico em que haja institutos de controle de legalidade e de constitucionalidade e em qualquer sistema jurídico em que haja instâncias finitas de controle – ou seja, todos – há a possibilidade de se reconhecer uma excepcional função paralegislativa e até mesmo paraconstituente do poder judiciário, que oferece importante campo de investigação teórica, ainda em boa medida por se explorar.

CONCLUSÃO

Como visto, a despeito da imagem ideal formada a partir da noção de Estado democrático de direito, as funções legislativas – entendidas como capacidade de produção de direito e, especialmente, como introdução de normas gerais e abstratas no sistema jurídico – têm sido distribuídas de diversas formas entre os três poderes.

Ao lado do surgimento de funções normativas extralegislativo em favor do executivo, notadamente ao longo do século XX, têm surgido, no final daquele século e início do atual, crescentes competências normativas extralegislativo em favor do judiciário.

Da concepção mais elementar do controle judicial de constitucionalidade, baseada nos binômios constitucional-inconstitucional e válido-inválido, avançou-se a um contexto muito mais complexo, como visto.

Seja por força dos limites pragmáticos do controle da inconstitucionalidade por ação, que redundou na necessidade de reconhecimento de situações inconstitucionais como fatos consumados inalteráveis, seja por força dos novos desafios postos à jurisdição constitucional

pelas normas-meta ou normas tarefa e pela figura correlata da inconstitucionalidade por omissão, um novo e sofisticado quadro de valores ligados à inconstitucionalidade e de técnicas de decisão surgiu no âmbito da jurisdição constitucional.

Os valores associados à inconstitucionalidade passaram a ser muito mais complexos do que se concebia, indo desde os extremos da inexistência e da nulidade até situações mais amenas, como a anulabilidade e a mera irregularidade (MIRANDA, 2008).

De maneira consentânea, os diferentes sistemas constitucionais passaram a compreender desde decisões limitativas da declaração de inconstitucionalidade – como a modulação de efeitos – até decisões fortemente criativas – como as decisões intermédias modificadoras ou substitutivas –, passando por decisões interpretativas – como as calcadas em interpretação conforme à constituição –, de modo que a jurisdição constitucional ostenta atualmente, em qualquer sistema jurídico que a contemple, um papel que exorbita em muito a antiga tese do legislador negativo.

Esse panorama ressalta o papel do judiciário na conformação da ordem jurídica – i.e., na produção das normas do sistema jurídico, seja como ator com poder de veto seja como criador positivo de normas – e permite falar em funções paralegislativas e paraconstituintes do referido poder.

Tais funções consistiriam, como se depreende do texto, em alterações na ordem jurídica nos níveis infraconstitucional e constitucional, respectivamente, podendo consistir na produção de normas gerais, abstratas e vinculantes seja por meio da declaração de nulidade ou anulação, seja pela

criação positiva de normas por meio de técnicas como a interpretação conforme, a modulação dos efeitos ou as vanguardistas técnicas modificativas e aditivas admitidas em sistemas jurídicos estrangeiros, como visto.

Mesmo na ausência de tais expedientes pode-se reconhecer na Teoria do Direito e na Teoria Constitucional contemporâneas tais funções paralegislativas ou paraconstituintes em qualquer sistema jurídico que adote algum mecanismo de controle de regularidade da produção do direito – i.e., controle de constitucionalidade e/ou controle de legalidade – e que não conte com instância de revisão infinitas.

Nestes casos fica claro que a convalidação de um ato irregular – lei inconstitucional, notadamente – pelo órgão competente em caráter definitivo para julgar sua regularidade jurídica corresponde a uma modificação anômala do sistema jurídico, o que demonstra a atividade de produção do direito pela instância judicial de controle.

Tais possibilidades, como visto, encontram-se nos confins entre o jurídico e o extrajurídico, não encontrando solução possível no campo do direito, mas no campo da política, por meio de controle de constitucionalidade direto (GARGARELLA, 2007) ou de eventual modificação legislativa da norma introduzida no sistema jurídico de forma anômala.

De todo modo, tanto tal possibilidade quanto a decorrente das modernas técnicas de decisão adotadas amplamente pela jurisdição constitucional contemporânea – como a interpretação conforme – evidenciam a existência de funções ou poderes paralegislativos ou paraconstituintes do poder judiciário nos sistemas jurídicos atuais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia B. de O. Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico, o: lições de filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Trad. Aroldo P. Gonçalves. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Efectos y contenidos de las sentencias em acción de inconstitucionalidad: análisis teórico referido al caso "ley de medios"**. Cidade do México: UNAM, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *El derecho de resistência en situaciones de carencia extrema*. **Astrolabio Revista internacional de filosofia**, ano 2007, n. 4, pp. 1-28.

GROSSI, Paolo. **Direito entre poder e ordenamento, o**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Conceito de**

Direito, o. Trad. Antonio de O. Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HORTA, Raul Machado. Medidas Provisórias. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 107, jul./set. 1990, pp. 05-18.

_____. Poder legislativo e o monopólio da lei no mundo contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 123, jul./set. 1994, pp. 149-158.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Trad. Christian Förster. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la Constitución**. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Cidade do Mexico: UNAM, 2001.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. 3 ed. rev. e atual.

Coimbra: Coimbra, 2008.

OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. ***Derecho Constitucional Consuetudinario, el.*** Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma do México, 1993.

RAZ, Joseph. ***Concepto de Sistema Jurídico, el.*** Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1986.

ROMANO, Santi. ***Ordenamento jurídico, o.*** Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

TSEBELIS, George. ***Veto Players: how political institutions work.*** Princeton: Princeton University Press, 2002.